DIE RECHTSSYSTEMATISCHE STELLUNG DER UNTERNEHMENSVERTRÄGE

Zugleich ein Beitrag
zum Recht der Konzernorganisation und zur Regelung der Unternehmensverbindung im Amtlichen Entwurf 1960/62 eines Aktiengesetzes

INAUGURAL - DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
Helmut SAPPER aus Leipzig

1963

7570

DIE RECHTSSYSTEMATISCHE STELLUNG DER UNTERNEHMENSVERTRÄGE

Zugleich ein Beitrag
zum Recht der Konzernorganisation und zur Regelung der Unternehmensverbindung im Amtlichen Entwurf 1960/62 eines Aktiengesetzes

INAUGURAL - DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
Helmut SAPPER aus Leipzig

1963

P UNIV
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Dekan: Prof. Dr. Joachim Gernhuber

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Ludwig Raiser

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Ernst Steindorff

Tag der mündlichen Prüfung: 5. 2. 1963

INHALTSVERZEICHNIS

Einführung ... S. 1

1. Teil

Problemstand, kritische Würdigung und Gewinnung des dogmatischen Ausgangspunktes.

§ 1 Der Begriff des Unternehmensvertrags ... S. 6

A. Der Unternehmensvertrag - eine begriffliche Neuschöpfung des Aktienrechtsentwurfs 1960/62 ... S. 6

I) Inhaltsbestimmung ... S. 6

II) Numerus clausus der Unternehmensverträge des Entwurfs? ... S. 8

III) Charakteristik der Unternehmensverträge des Entwurfs ... S. 9

B. Die herkömmliche Einteilung der Unternehmensverträge ... S. 10

I) Konzerneingliedernde Unternehmensverträge ... S. 10

1) Koordination: Der Interessengemeinschaftsvertrag ... S. 10

a) Die einfache IG ... S. 13

b) Die zentrale IG ... S. 13

c) Die scheinbare Verbindung der IG mit anderen UV-Typen ... S. 14

d) Die IG mit Subordination (unechte IG) ... S. 15

2) Subordination: ... S. 16

a) Der Organschaftsvertrag ... S. 16

aa) Begriff des Organschaftsvertrags ... S. 16

bb) Begriff des Organschaftstatbestands ... S. 17

cc) Gesetzliche Erfassung des Organschaftsvertrags ... S. 21

b) Pacht- und Betriebsüberlassungsverträge ... S. 21

c) Geschäftsführungs-, Betriebsführungs-, Gestions-, Indienststellungsverträge ... S. 22

II) Sonstige Unternehmensverträge ... S. 24

1) Der konzernexterne Pachtvertrag ... S. 24

2) Grenzfälle und Abgrenzungskriterien ... S. 24

a) Abgrenzung zu den Umsatzgeschäften ... S. 24

aa) Die sog. langfristigen Lieferverträge ... S. 25

bb) Der sog. Lohnverarbeitungsvertrag ... S. 25

b) Abgrenzung zu sonstigen Verträgen mit Begründung von Fremdeinfluß ... S. 26

aa) Der Betriebsführungsvertrag i.S. des Verwaltungs- und Treuhandvertrages ... S. 26

bb) Qualifizierte Darlehensverträge ... S. 26

c) Abgrenzung zu wettbewerbsbeschränkenden Abreden ... S. 26

§ 2 Der Unternehmensvertrag als herkömmliches Mittel der rechtlichen Konzernorganisation ... S. 29

A. Beteiligung, Satzung, Vertrag als die drei theoretisch möglichen Grundlagen der Konzernmacht ... S. 29

I) Das HAUSSMANNsche System der Zweiteilung nach dinglicher und obligatorischer Zuordnung ... S. 29

II) Die grundlegenden Erkenntnisse KRONSTEINs ... S. 29

III) Das Zurücktreten der Beteiligung bei der rechtssystematischen Betrachtung ... S. 30

B. Die Benutzung der drei Organisationsformen in der Praxis ... S. 30

I) Die Beteiligung als regelmäßige Grundlage der rechtlichen Konzernorganisation ... S. 30

II) Die Bevorzugung des Vertrages bei der rechtlichen Konzernorganisation ... S. 31

III) Das auffallende Zurücktreten der organisatorischen Abhängigkeit ... S. 31

1) unter Geltung des HGB-Aktienrechts ... S. 31

2) nach geltendem Recht ... S. 32

C. Der Dualismus Vertrag - Satzung im besonderen ... S. 33

I) Die unsystematische Praxis ... S. 33

II) Der Widerspruch des Systemgefühls ... S. 35

1) Die "Widerspruchslösung" in RGZ 83, 377 ... S. 35

2) Der Kahlbaum-Dividendenkonflikt ... S. 36

III) Ansätze zur Systematik: die Lehren von den Ausschließlichkeitsbereichen ... S. 36

1) Die Lehren von der Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstands (Ausschließlichkeitsbereiche der Satzung) ... S. 36

a) Die allgemeine "Satzungslehre" des Unternehmenszusammenfassungsrechts ... S. 37

b) Systematische Ansätze vor und nach 1937 ... S. 38

aa) Die Lehre vom Innen- und Außenkreis (KALISCH) ... S. 38

bb) Die Lehre vom ausschließlichen aktienrechtlichen Gesellschaftsverhältnis (ROTH) ... S. 39

cc) Die Lehre von der Unvertretbarkeit der Organe durch den Vorstand (KOST) ... S. 39

dd) Die Lehre von der spezifisch gesellschaftsrechtlichen Bindung der Vertretungsmacht (MESTMÄCKER) ... S. 39

ee) Vorläufige Kritik ... S. 40

2) Die Lehren von der Überlegenheit der Zuordnung kraft Vertrages gegenüber der Zuordnung kraft Satzung (Ausschließlichkeitsbereiche des Vertrages) ... S. 41

3) Anerkannte Ausschließlichkeitsbereiche ... S. 43

§ 3 Die Lehren von der Rechtsnatur der Unternehmensverträge ... S. 45

A. Die ältere Lehre von der schuldrechtlichen Natur der Unternehmensverträge, besonders des Organschaftsvertrages ... S. 45

I) Vor Erlaß des AktG 1937 ... S. 45

II) Heutige Vertreter dieser Lehre ... S. 47

III) Die Satzung als "Vertrag zugunsten Dritter" ... S. 48

B. Die neueren konzernrechtlichen Lehren von der Rechtsnatur der Unternehmensverträge ... S. 48

I) Der Organschaftsvertrag als gesellschaftsrechtlicher Vertrag ... S. 48

1) BALLERSTEDT und FLUME ... S. 48

2) DUDEN ... S. 50

3) Die Auffassung des Bundesfinanzhofs ... S. 50

II) Der Organschaftsvertrag als unternehmensrechtlicher Vertrag ... S. 51

1) Der Begriff des Unternehmensrechts ... S. 51

2) Der beschränkte Wert dieser Qualifizierung ... S. 53

III) Unternehmensverträge als deklaratorische Verträge ... S. 54

IV) Der Organschaftsvertrag als Organisationsvertrag ... S. 55

1) Der Organisationsvertrag in der Systematik der Vertragslehre ... S. 55

a) Der Organisationsvertrag als Typus der funktionalen Betrachtungsweise ... S. 55

b) Das Wesen des Organisationsvertrags ... S. 56

aa) Der Organisationsvertrag als "causaloser" Vertrag (WÜRDINGER) ... S. 57

bb) Der Organisationsvertrag als "objektive Norm" (WÜRDINGER) ... S. 58

2) Der Anwendungsbereich des Organisationsvertrags ... S. 60

a) Anerkannte Organisationsverträge des geltenden Rechts ... S. 60

b) Die allgemeine Ersetzbarkeit der Satzungsänderung durch den Organisationsvertrag ... S. 61

aa) Die grundsätzliche Bejahung der Ersetzbarkeit ... S. 61

bb) Die dogmatische Erweiterung des KRONSTEINschen Systems durch den Organisationsvertrag ... S. 63

cc) Vorläufige Unentschiedenheit, ob Rechtstheorie oder Dogmatik des geltenden Rechts ... S. 63

3) Die rechtlichen Folgerungen aus dem Wesen des Organisationsvertrags ... S. 63

a) Anfechtung bzw. fristlose Kündigung ... S. 64

b) Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB ... S. 65

c) Rücktrittsrecht und fristlose Kündigung ... S. 66

d) Die Kompetenz der HV in diesen Fällen ... S. 66

e) Auslegung und Revisibilität ... S. 66

f) Das Fehlen vertraglicher Erfüllungs- und Schadensersatzansprüche ... S. 67

g) Das Fehlen von Leistungsverweigerungsrechten ... S. 67

h) Organisatorische und schuldrechtliche Rückwirkung ... S. 67

4) Die Auswirkung der organisationsvertraglichen Auffassung auf die Unternehmensverträge ... S. 68

a) Die Auffassung WÜRDINGERs ... S. 69

b) Vorläufiger Verzicht auf abschließende Beurteilung ... S. 69

2. Teil

Dogmatik der Unternehmensverträge, entwikkelt am Beispiel der Eingliederung einer AG in einen Konzern

§ 4 Grundsätzliche Bemerkungen zur Konzerneingliederung einer j.P. ... S. 70

I) Das Wesen der Konzerneingliederung als Unternehmenszuordnung ... S. 70

1) Konzerneingliederung als Vermögenszuordnung ... S. 70

2) Konzerneingliederung als untrennbare Vermögensvermischung ... S. 70

3) Konzerneingliederung als Unternehmenszuordnung ... S. 73

4) Konzerneingliederung als Unternehmensvernichtung ... S. 74

II) Die Art der Unternehmenszuordnung auf der Grundlage der bisher erörterten rechtlichen Organisationsmittel ... S. 76

1) Mittelbare und unmittelbare Zuordnung auf Seiten der abh. j. P. ... S. 76

2) Mittelbare und unmittelbare Zuordnung auf Seiten der h. P. ... S. 77

III) Strukturwandlung als Ergebnis jeder Konzernierung ... S. 77

1) Die Einwirkung auf die Unternehmensverfassung ... S. 77

2) Die Einwirkung auf die Verfassung der j. P. ... S. 78

a) Die Änderung der Vermögensverfassung der abh. Ges. ... S. 78

b) Die Änderung der Verwaltungsverfassung der abh. Ges. ... S. 78

c) Die allgemeine Anerkennung der Strukturänderung ... S. 78

§ 5 Die konzerneingliedernde Funktion der Unternehmensverträge ... S. 79

I) Der Konzerntatbestand als von der Rechtsorganisation unabhängiges Faktum ... S. 79

II) Die verbleibende Relevanz der Unternehmensverträge als Mittel der rechtlichen Konzernorganisation ... S. 80

1) Begründung und Verstärkung der Konzernmacht durch Unternehmensverträge ... S. 80

2) Die praktische Gleichwertigkeit aller Unternehmensverträge bei der rechtlichen Konzernorganisation ... S. 81

a) Irrelevanz der Unterscheidung von Organisationsvertrag und Schuldvertrag für den Umfang der Zuordnung (insbesondere die Relativität von Geschäftsführung nach Fremdwillen und fremdbestimmtem Eigenwillen) ... S. 81

b) Irrelevanz der Unterscheidung nach der Art der Schuldverträge für den Umfang der Zuordnung (insbesondere die Relativität von Fremdregie und Eigenregie mit Ergebniszuordnung) ... S. 83

c) Gleichwertigkeit als Synthese von a) und b) ... S. 83

III) Konzerneingliedernde Unternehmensverträge als strukturändernde Verträge ... S. 84

1) Die Änderung der materiellen Verfassung der abh. Ges. ... S. 84

2) Die Änderung der formellen Verfassung der abh. Ges. ... S. 84

§ 6 Die Grenze des schuldrechtlichen Vertrags als Mittels zur rechtlichen Konzernorganisation ... S. 85

I) Die Grenze der Abhängigkeit der j. P. als Obergrenze jeder Abhängigkeit ... S. 85

1) Die ältere Lehre von der Schranke im Wesen der j. P. ... S. 85

2) Die Auffassung von der j. P. als ethisch wertfreier Rechtskonstruktion ... S. 86

3) Die konkrete Ausgestaltung der AG im geltenden Recht und im Entwurf ... S. 87

a) Unterscheidung von Lebenstypen und gesetzlichen Typen ... S. 87

b) Die Lebenstypen der AG ... S. 88

c) Die gesetzlichen Typen der AG nach geltendem Recht (Die Lehre vom Grund- und Ausnahmetypus) ... S. 89

aa) Die wirtschaftliche Selbständigkeit der AG als Erfordernis dispositiver Natur ... S. 93

bb) Die Selbständigkeit der Grundtypus-Gesellschaft als nicht nur formelles, sondern materielles, aber änderungsfähiges Moment ... S. 94

d) Klare Herausarbeitung von Grund- und Ausnahmetypus im Entwurf ... S. 96

e) Die Abänderbarkeit der vier Grundsätze der §§ 52, 54 AktG bzw. §§ 54, 55, 57 Amtl. E ... S. 97

II) Die Verfassung der Grundtypus-AG als unbedingte Schranke des schuldrechtlichen Vertrages ... S. 98

1) Die Schranke des § 138 BGB ... S. 100

2) Die Frage der zwingenden Opfergrenze des § 670 BGB ... S. 100

3) Die Substanzerhaltungspflicht bei den Pacht- und Betriebsüberlassungsverträgen ... S. 101

4) Der Grundsatz der Erhaltung des Grundkapitals ... S. 101

5) Die Verneinung immanenter Schutzschranken des schuldrechtlichen Vertrages aus tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen ... S. 101

§ 7 Der Schuldvertrag als Mittel zur rechtlichen Konzernorganisation neben Satzung und Organisationsvertrag ... S. 103

I) Organisationsverträge als alleinige Mittel vertraglicher Konzernorganisation? ... S. 103

II) Die Beibehaltung des Schuldvertrags bei der rechtlichen Konzernorganisation ... S. 103

1) Die Lehre von der verfassungsmäßigen Aufschließung der j.P. als Zulässigkeitsvoraussetzung schuldrechtlicher Unternehmensverträge ... S. 103

2) Die verfassungsmäßige Aufschließung als Satzungsänderung ... S. 104

III) Die besondere Rechtsnatur der vergemeinschaftenden Unternehmensverträge ... S. 104

1) Charakterisierung des Gesellschaftsvertrags nach §§ 705ff BGB ... S. 104

2) Das Erfordernis der satzungsmäßigen Aufschließung auch bei Interessengemeinschaftsverträgen zwischen j.Pen ... S. 106

§ 8 Die Verbindung von satzungsmäßiger Aufschließung der j.P. mit dem schuldrechtlichen Vertrag ... S. 108

I) Die herkömmliche abstrakte Aufschließung der j.P. ... S. 108

II) Konkrete Aufschließung als Folge einer Besinnung auf Wesen und Funktion der Satzung ... S. 108

1) Die Satzungsfunktion ... S. 108

a) Schutz- und Publizitätsfunktion ... S. 108

b) Die einseitige Betonung der "materiellen Publizität" in Literatur und Wirtschaftspraxis ... S. 109

c) Die Forderung nach Wiederaufwertung der "formellen Publizität" ... S. 110

2) Konkrete Aufschließung in Form der Drittöffnung ... S. 111

3) Konkrete Aufschließung in Form der Gemeinschaftsöffnung ... S. 112

4) Die Grenze des Aufschließungszwangs (Untergrenze der Abhängigkeit) ... S. 112

a) Das Erfordernis der Satzungsänderung bei abhängigkeitsbegründenden Unternehmensverträgen ... S. 112

aa) Abhängigkeitsdefinitionen, wirtschaftliche und rechtliche Abhängigkeit ... S. 112

bb) Stufenfolge der Abhängigkeit ... S. 113

cc) Kriterien der Abhängigkeit (insbesondere auch das Problem der teilweisen Abhängigkeit) ... S. 114

dd) Verzicht auf Aufstellung allgemeingültiger Kriterien ... S. 115

b) Das Erfordernis der Satzungsänderung bei vergemeinschaftenden Unternehmensverträgen ... S. 115

5) Der Standort der Aufschließung in der Satzung ... S. 115

a) Der Abschluß eines Unternehmensvertrags als Zweckänderung ... S. 116

b) Der Abschluß eines Unternehmensvertrags als Gegenstandsänderung ... S. 116

c) Die konkrete Aufschließung als selbständige Satzungsbestimmung ... S. 117

III) Der Unternehmensvertrag nach erfolgter Aufschließung ... S. 117

1) Die Zustimmung der HV auch zum Unternehmensvertrag selbst ... S. 118

2) Die Eintragung des Unternehmensvertrags ins Handelsregister ... S. 119

§ 9 Ergebnisbildung durch Anwendung der gefundenen Grundsätze auf die Unternehmensverträge des geltenden Rechts und des Entwurfs ... S. 120

A. Die Rechtsnatur der Unternehmensverträge ... S. 120

I) Geltendes Recht ... S. 120

1) Die Unternehmensverträge des geltenden Rechts als schuldrechtliche Verträge ... S. 120

2) Keine Ausnahme für den Organschaftsvertrag ... S. 121

II) Amtlicher Entwurf ... S. 121

1) Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag des § 280, I E als Organisationsverträge ... S. 121

2) Die "anderen Unternehmensverträge" des § 281 E als schuldrechtliche Verträge ... S. 122

3) Unternehmensverträge nach Eingliederung (§ 312, II E) ... S. 123

4) Die Beschränkung des Entwurfs auf den gegenseitigen schuldrechtlichen Vertrag ... S. 124

III) Das Ergebnis in Thesen ... S. 124

IV) Anhang: Die systematische Einordnung des Dividendengarantievertrags ... S. 125

B. Die rechtlichen Folgerungen der systematischen Einordnung ... S. 126

I) für die schuldrechtlichen Unternehmensverträge ... S. 126

II) für die organisatorischen Unternehmensverträge ... S. 127

Anhang

Die Ergänzung der organisationsvertraglichen Auffassung durch die Theorie der Doppelwirkung

§ 10 Die Kopplung des Organisationsvertrags mit schuldrechtlichen Verhaltenspflichten ... S. 128

I) Die Kopplung des Normenvertrags mit dem Schuldvertrag ... S. 128

1) Die Doppelnatur des Tarifvertrags ... S. 128

2) Charakterisierung des immanenten Schuldrechtsteils (Durchführungspflicht und Friedenspflicht) ... S. 129

II) Die Anwendung des Kopplungsgedankens auf den Organisationsvertrag ... S. 130

1) Die grundsätzliche Möglichkeit der Verbindung ... S. 130

2) Die beiden theoretisch möglichen Gestaltungen der Verbindung ... S. 131

3) Die Theorie der Doppelwirkung ... S. 131

III) Die Folgen der Doppelwirkung ... S. 131

1) Vertragsbindung neben Satzungsbindung ... S. 131

2) Untrennbarkeit der beiden Wirkungen, Ausnahmen ... S. 131

3) Dogmatische Unselbständigkeit des Schuldrechtsteils ... S. 132

3. Teil

Zur Systematik der Unternehmensverträge de lege ferenda unter kritischer Würdigung des Amtlichen Entwurfs 1960/62 eines Aktiengesetzes

§ 11 Definition, Einteilung und Ausgestaltung der Unternehmensverträge ... S. 133

I) Bemerkungen zur Definition des Unternehmensvertrags ... S. 133

II) Die Einteilung der Unternehmensverträge ... S. 134

1) bei Abschluß zwischen rechtlich unselbständigen Unternehmen (nur schuldrechtliche Verträge) ... S. 134

2) bei Abschluß zwischen j. Pen (Organisationsverträge oder schuldrechtliche Verträge) ... S. 134

3) Unterteilung der Schuldverträge in konzerneingliedernde und nichtkonzernierende Unternehmensverträge ... S. 134

a) Nichtkonzernierende Unternehmensverträge: die verrentenden Unternehmensverträge und die reine IG als Musterfälle ... S. 135

b) Konzerneingliedernde Unternehmensverträge ... S. 135

c) Kriterien der Unterscheidung ... S. 135

d) Verzicht auf Differenzierung hinsichtlich der erforderlichen Satzungsänderung ... S. 136

III) Die Ausgestaltung der Unternehmensverträge ... S. 136

1) Schuldrechtliche Unternehmensverträge ... S. 136

2) Organisationsverträge ... S. 136

a) Die Organisationsverträge des Amtl. E ... S. 136

b) Neue Arten des Organisationsvertrags ... S. 138

aa) Der Arbeitsgebietsregelungsvertrag ... S. 139

bb) Vertragliche Gewinnausschüttungsbeschränkungen ... S. 140

cc) Sonstige organisationsvertragliche Einzelregelungen ... S. 140

c) Keine Systemwidrigkeit der organisationsvertrags-freundlichen Auffassung ... S. 141

§ 12 Auswirkungen der neuen Systematik ... S. 142

I) Die Publizität der Unternehmensverträge ... S. 142

1) Organisatorische Unternehmensverträge ... S. 142

2) Schuldrechtliche Unternehmensverträge ... S. 142

II) Art und Grenzen der Organbindung bei Unternehmensverträgen mit Weisungsbefugnis ... S. 142

III) Die verfassungsrechtliche Stellung des Dritten nach Einbeziehung durch organisatorischen Unternehmensvertrag ... S. 144

§ 13 Zustimmung und Änderungsvorschläge zum Amtlichen Entwurf ... S. 146

I) Die Beschränkung der Unternehmensvertragsregelung auf das Aktienrecht ... S. 146

1) Entschiedene Kritik ... S. 146

2) Die Entwurfsregelung als "Konzernverfassung" ... S. 148

II) Die inhaltliche Regelung der Unternehmensverträge im Entwurf ... S. 149

1) Zustimmung zur Grundkonzeption ... S. 149

2) Bemerkungen zur Differenzierung des Schutzes nach der Art der rechtlichen Konzernorganisation ... S. 149

3) Konkrete Änderungsvorschläge für den Fall exakter Systematik ... S. 150

4) Formulierung dieser Änderungsvorschläge ... S. 151

5) Schlußüberlegungen: Zustimmung zur undifferenzierteren Systematik des Entwurfs aus dem Gesichtspunkt der Praktikabilität ... S. 152

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

UV	=	Unternehmensvertrag
OV	=	Organisationsvertrag
OrganschaftsV	=	Organschaftsvertrag
BFV	=	Betriebsführungsvertrag
BÜV	=	Betriebsüberlassungsvertrag
GFV	=	Geschäftsführungsvertrag
IGV	=	Interessengemeinschaftsvertrag
abh. j. P.	=	abhängige juristische Person
h. P.	=	herrschende (juristische) Person
org. Abh.	=	organisatorische Abhängigkeit (i. S. v. satzungsmäßiger Abhängigkeit)

Ballerstedt, Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1949 (zit. Kapital)

Handels- und gesellschaftsrechtliche Probleme der Organschaft, DB 56, 813ff, 837ff

Die Verfassung der AG und der Organschaftsvertrag, DB 57, 837ff

Bericht DJT: s. Untersuchungen zur Reform des Unternehmensrechts

Gesellschaftsrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration, in: Arndt, Die Konzentration in der Wirtschaft, Berlin 1960, Bd. II, S. 871ff (zit.: B., in Arndt, Konzentration)

Bauer, Die rechtliche Struktur der Truste, Mannheim 1927

Baumbach-Hueck, AktG, Kurzkommentar, 10. Aufl. 1959
GmbH, Kurzkommentar, 9. Aufl. 1960

Brandi, Hermann, Die zivilrechtliche Stellung der Organgesellschaft, Diss. Göttingen 1931

Bühler, Steuerrecht der Gesellschaften und Konzerne, 3. Aufl. 1956 (zit. Konzernsteuerrecht)

Duden, Aktienrechtliche Fragen zur "Organschaft" mit einem Großaktionär, BB 57, 49ff

Die Diskussion über das Konzernrecht, BB 57, 1230ff

Düringer-Hachenburg, HGB, III. Band, 1. Teil, 3. Aufl. 1934, bearb. von Bing, Flechtheim und Hachenburg

Enquête-Ausschuß (Ausschuß zur Untersuchung der Erzeugungs- und Absatzbedingungen der deutschen Wirtschaft), Verhandlungen und Berichte des Unterausschusses für allgemeine Wirtschaftsstruktur (I. Unterausschuß), 3. Arbeitsgruppe: Wandlungen in den wirtschaftlichen Organisationsformen,
1. Teil: Wandlungen in den Rechtsformen der Einzelunternehmungen und Konzerne, Berlin 1928 (zit. Enquête-Ausschuß I 3/1)

Erlinghagen, Peter, Der Organschaftsvertrag mit Ergebnisausschluß-Klausel im Aktienrecht, (Diss.) Marburg 1960 (zit. Organschaftsvertrag)

Fischer, Curt Eduard, Rechtsschein und Wirklichkeit im Aktienrecht, AcP 154, 85ff (1955)

Die Reform des Aktiengesetzes, AcP 154, 181ff

Fischer, Robert, in Großkommentar zum AktG, §§ 16-69, 145-158, s. Großkomm.

Flechtheim- Wolff-Schmulewitz, Die Satzungen der deutschen Aktiengesellschaften, Mannheim 1929

Flume, Die Organschaft im Gewerbesteuerrecht, DB 55, 485ff

Die Organschaft im Körperschaftssteuerrecht, DB 56, 455ff und 672ff

Stellungnahme zum Gutachten des BFH zur Dividendengarantie (BStBl 1957 III S. 139), DB 57, 439ff

Die abhängige AG und die Aktienrechtsreform, DB 59, 190ff

Der Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, Schriftenreihe Handelsblatt 1958, S. 21ff (zit. RefE)

Die Organschaft im Handels- und Steuerrecht, in Steuerberater-Jahrbuch 1958/59, S. 283ff

Frankenberg, Philipp, Die konzernmäßige Abhängigkeit, (Diss.) Zürich 1937

Das Frankfurter Publizitätsgespräch, hrsg. von C.H. Barz u.a., Frankfurt 1962

Friedländer, Konzernrecht, 2. Aufl. 1954

Die Interessengemeinschaft als Rechtsform der Konzernbildung, Berlin 1921 (zit. IG)

Geiler, Gesellschaftliche Organisationsformen des neueren Wirtschaftsrechts, Mannheim 2. Aufl. 1922 (zit. Organisationsformen)

Interessengemeinschaften, bei Düringer-Hachenburg, HGB, II. Band, 1. Hälfte, Anm. 440ff (zit. IGen)

Zur Systematik gesellschaftsrechtlicher Zusammenschlüsse, ZBH 1926, 188ff

von Godin-Wilhelmi, Kommentar zum AktG, 2. Aufl. 1950

Graf, Friedrich, Organschaft und Organgesellschaft, Diss. Frankfurt 1930

Großkommentar zum AktG, begr. von Gadow, Heinichen u. a., 2. Aufl., Band I Lief. 1, 2 (1957), Band II Lief. 1 (1959)

Hamburger, Die Organgesellschaft, in Gedächtnisschrift für Emil Seckel, Berlin 1927, S. 261ff

Haußmann, Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, Mannheim 1926 (zit. Grundlegung)

Die Praxis des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, Mannheim 1932 (zit. Praxis)

Die Tochtergesellschaft, Berlin 1923

Hollaender, Die obligatorischen Beherrschungsverträge im Konzernrecht, insbesondere die Unternehmenspacht, KR 1931, 756ff (Band 29), 1932, 19ff (Band 30)

Hueck, Alfred, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 1960

Kalisch, Sitzung der Vereinigung für Aktienrecht, Referentenbericht, JW 1930, 3713f

Klingler, Louis, Die Unternehmenspacht, Diss. Zürich 1943

Konzernorganisation. Aufgaben und Abteilungsgliederung im industriellen Unternehmensverbund. Verfasser: Arbeitskreis Dr. Krähe der Schmalenbach-Gesellschaft, 1952

Kost, Fritz, Vertragsrecht und Satzungsrecht bei der IG, Diss. Heidelberg 1934 (zit. Vertragsrecht)

Kronstein, Die abhängige juristische Person, München 1931

Kronstein-Claussen, Publizität und Gewinnverteilung im neuen Aktienrecht, Frankfurt/M. 1960

Liefmann, Kartelle, Konzerne und Trusts, 7. Aufl. 1927

Maurer, Hans, Das Persönlichkeitsrecht der j. P. bei Kartell und Konzern, Züricher Beiträge, Heft 195, 1955 (Diss.) (zit. Persönlichkeitsrecht)

Meise, Agnes, Zivilrechtliche Probleme der Organgesellschaft, Diss. Frankfurt/M. 1935 (zit. Organgesellschaft)

Mestmäcker, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, Karlsruhe 1958 (zit. Verwaltung)

Nägeli, Die Doppelgesellschaft, Band I Zürich und Berlin 1936, Band II Zürich 1941

Pleyer, Aktienrecht und Unternehmenskonzentration, AG 59, 8ff, 39ff

Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in Festschrift zum 100j. Bestehen des DJT (100 Jahre Deutsches Rechtsleben), Karlsruhe 1960, S. 101ff

Rasch, Deutsches Konzernrecht, 2. Aufl. 1955

Rautmann, Probleme aus dem Recht der Unternehmensverträge im RefE eines AktG, in "Beiträge zur Aktienrechtsreform", hrsg. von Hengeler, Heidelberg 1959, S. 159ff (zit. RefE)

Ritter, Kommentar zum AktG, 2. Aufl. 1939

Rosendorff, Die rechtliche Organisation der Konzerne, Berlin, Wien 1927 (zit. Konzernorganisation) (vgl. dazu die Besprechung von Netter, ZBH Bd. 2 (1927), 11ff, 61ff, 104ff, 138ff)

Roth, Dividendenberechtigte Obligationen, ZBH 1930, 68ff

Schlegelberger-Quassowski u.a., Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 1939

Schultze-Schlutius, Die Organtheorie unter besonderer Berücksichtigung der Kapitalgesellschaften, Düsseldorf 1956 (zit. Organtheorie)

Schütze, Hans, Die Tochtergesellschaft, Diss. Erlangen 1933

Schilling, Konzernfragen, JZ 57, 529ff

Schmidt, Walter, in Großkommentar z. AktG, §§ 1-15, 70-83 u.a., s. Großkomm.

Starke, Helmut, Einwirkungen Dritter auf das gesellschaftliche Leben einer Handelsgesellschaft mit besonderer Berücksichtigung des Betriebsüberlassungsvertrages, Diss. Halle 1933

Staubs Kommentar zum HGB, Band II, 14. Aufl. 1933, bearb. von Pinner

Teichmann-Köhler, Kommentar zum AktG, 2. Aufl. 1939

Untersuchungen zur Reform des Unternehmensrechts, Bericht der Studienkommission des DJT, Teil I: Berichte der Ausschüsse I und II, Tübingen 1955, Berichterstatter: Ballerstedt (zit. Ballerstedt, Bericht DJT)

Verhandlungen des 42. DJT 1957, Band I (Gutachten) und II (Sitzungsberichte), Tübingen 1957/58/59

Wiethölter, Rudolf, Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht, Karlsruhe 1961 (zit. Interessen)

Würdinger, Aktienrecht, Karlsruhe 1959

Zur Reform des Konzernrechts, in Festschrift für Walter Schmidt, Berlin 1959, S. 279ff (zit. Schmidt-Festschrift)

Betrachtungen zur Regelung der Konzernverfassung im Entwurf eines AktG, DB 58, 1447ff

Zum RegE eines AktG, AG 60, 109ff

Die Fülle der Literatur zum Ref- und RegE eines AktG aus jüngster Zeit ist nahezu ausschließlich von rechtspolitischen Gesichtspunkten bestimmt und bedarf daher in dieser Arbeit nur teilweise einer Berücksichtigung; soweit notwendig, werden einzelne Beiträge im Text angeführt.

Einführung.

I) Unternehmensverträge (UVe) sind Schöpfungen der Wirtschaftspraxis. Ihre Geschichte verdeutlicht aufs klarste die Entwicklung zur industriellen Verbundwirtschaft. Sieben Jahrzehnte liegt der Abschluß des Krupp - Grusonwerk-Betriebsüberlassungsvertrages[1] zurück. Seither sind UVe unentbehrliche Träger rechtlicher Konzernorganisation geworden. Maßgeblichen Einfluß auf ihre Verwendung übte, wie häufig, auch das Steuerrecht aus. Erst jüngst gewann der sog. Organschaftsvertrag mit Ergebnisausschlußklausel infolge einer Neuorientierung der Rechtsprechung zur steuerrechtlichen Organschaft durch den Bundesfinanzhof[2] überragende Bedeutung.

Die Lehre von den Unternehmenszusammenfassungen hat sich in den 20iger Jahren ausführlich den verschiedenen Erscheinungsformen vertraglicher Unternehmensverbindung zugewandt. Doch stellen die großen Arbeiten von HAUSSMANN, FRIEDLÄNDER, GEILER, ROSENDORFF und die zahlreichen Einzelbeiträge aus jener Zeit erst die erste Phase der Erfassung dar, diejenige der Sammlung und Ordnung der Rechtstatsachen. Die Phase der rechtssystematischen Einordnung wurde - angeregt durch das Phänomen des "herrschaftsübertragenden" Organschaftsvertrages - erst vor wenigen Jahren eingeleitet; BALLERSTEDT, FLUME und vor allem WÜRDINGER eröffneten die sicherlich notwendige Diskussion.[3]

Der Aktienrechtsgesetzgeber hatte der wachsenden Unternehmensverflechtung lange Zeit unaufgeschlossen gegenüber gestanden. Sein Blick war weithin auf die unabhängige Einzel-AG begrenzt geblieben. In der Aktienrechtsnovelle 1931 und im AktG 1937 finden sich nur sparsame Teillösungen konzernrechtlicher Problematik. Ansatz blieb auch § 256 AktG als einzige Vorschrift, die von den UVen sprach. Das darin aufgestellte Erfordernis einer qualifizierten Zustimmung der HV beruhte auf rein praktischen Erwägungen des Minderheitenschutzes. Der systematische Gesichtspunkt einer Strukturveränderung der AG durch den Abschluß eines UVes war noch nicht ins Bewußtsein getreten. Erst der Entwurf 1960/62 eines AktG hat - wie seine richtige Auslegung ergibt, auch systematisch - die bisherige Zurückhaltung aufgegeben. Er widmet der Unternehmensverbindung, insbesondere im Wege des UVes, breiten Raum und stellt Voraussetzungen und Grenzen der Zulässigkeit klar. Das ist erfreulich und auch notwendig. Denn eine

---

1) 1892; der Vertrag ist abgedruckt bei Rosendorff, Konzernorganisation, S 120ff

2) vgl. unten § 3 B I 3

3) Während des Dritten Reiches wurden die UVe von der andersartig aufgebauten staatlichen Organisation der Wirtschaft überspielt; im übrigen fanden, besonders nach dem Kriege, kartellrechtliche Zusammenschlüsse die größere Beachtung.

Wirtschaftsverfassung der sozialen Marktwirtschaft mit verfassungsrechtlichen Eckpfeilern in Art. 2, 9, 14 GG, geltend auch für j.Pen nach Art. 19, III GG, darf der tatsächlichen und rechtlichen Unternehmenszusammenfassung nur insoweit Schranken setzen, als diese Grundrechte selbst einschränkbar sind.[4] Ergibt sich dabei, daß die Konzernbewegung im Rahmen der verfassungsmäßigen Entfaltungsfreiheit liegt, hat der Gesetzgeber für die Bereithaltung angemessener Organisationsformen zu sorgen. Das gilt verstärkt, wenn mangels gesetzlicher Schutzvorschriften für Gläubiger und Minderheit erhebliche Bedenken gegen die Zulässigkeit gerade des praktisch wichtigsten UV-Typs bestehen[5] oder auch, wenn systematische Unzulänglichkeiten zutage treten. Besondere Anerkennung verdient es, daß der Entwurf nicht nur im üblichen Blick auf Minderheits-, Gläubigerschutz und Publizität verhaftet geblieben ist.[6] Seine Redaktoren haben vielmehr bei den UVen gewisse systematische Differenzierungen vorgenommen. Allerdings dürften diese mehr auf dogmatisches Gespür als auf dogmatische Erkenntnis zurückgehen.[7] Schon hier mag nachdrücklich darauf hingewiesen werden, daß systemgerechte Konzernorganisation und spezifische Schutzerfordernisse zu unterscheiden sind; FISCHERs[8] allgemein abgelehnte These von der notwendigen wirtschaftlichen Selbständigkeit der AG beruht auf der Vermischung dieser Fragen.

II) Aufgabe dieser Arbeit ist es, die Rechtsnatur der UVe herauszuarbeiten. Im Zuge der Untersuchung hat sich dabei eine Einschränkung und Schwerpunktbildung als notwendig erwiesen.

ERLINGHAGEN[9] hat den - schon terminologisch naheliegenden - Gedanken einer unternehmensrechtlichen Rechtsnatur der UVe in die Diskussion geworfen. Er ist zutreffend.[10] Vorauszusetzen ist dabei allerdings, daß der Begriff des Unternehmensvertrags an das Unternehmen anknüpft. Das aber sollte communis opinio sein. Das Recht der UVe kann nicht - wie das der Aktienrechtsentwurf festlegen will - nur vom Aktienrecht bzw. vom Gesellschaftsrecht ausgehen. Ansatzpunkt der UVe ist und bleibt das Unternehmen. Von dorther stellte sich die Aufgabe, mittels der dogmatischen Erkenntnis der unternehmensrechtlichen Rechtsnatur die Auswirkung der UVe auf die Struktur der Unternehmensverfassung zu untersuchen und rechtliche Folgerungen für alle Unternehmen abzuleiten. Diese, die Thema-

---

4) Würdinger, Aktienrecht, S. 191

5) so beim Organschaftsvertrag, vgl. insbes. Duden, BB 57, 49ff und 1230ff, Hueck, DB 59, 223ff

6) Verhandlungen des 42. DJT 1957, Band II, F 129

7) vgl. die Begründung zu § 280 E

8) AcP 154, 85ff, 181ff

9) Organschaftsvertrag, S. 108

10) s. unten § 3 B II 2, sowie § 11 I und § 13 I 2

tik der vorliegenden Arbeit ausschöpfende Untersuchung muß jedoch einem späteren Zeitpunkt vorbehalten werden. Sie kann erst dann Erfolg haben, wenn in der Rechtslehre die Begriffe des Unternehmensrechts und insbesondere des Unternehmensverfassungsrechts voll geklärt sind. Zur Zeit herrscht auf diesem Gebiet noch der Status der Diskussion.

Beim heutigen Stand der Lehre vom Unternehmensrecht erschien eine andere Schwerpunktbildung fruchtbarer. Sie hatte dort anzusetzen, wo eine j.P. UVe abschließt. Denn es fragt sich, ob die in der heutigen Literatur noch vorherrschende Auffassung von der schuldrechtlichen Natur der UVe auch bei der Beteiligung j.Pen zutreffend ist oder ob nicht in diesen Fällen ein gesellschaftsrechtlicher Charakter der Vereinbarungen anzunehmen ist. Die Einschränkung bedeutet insofern keinen wesentlichen Nachteil, als die praktisch wichtigsten Fälle vertraglicher Unternehmensverbindung diejenigen zwischen j.Pen darstellen. Eine weitere Eingrenzung auf die AG erwies sich als zweckmäßig, da die systematischen Gesichtspunkte bei den anderen j.Pen, insbesondere der GmbH, keine anderen sind.

Die Fragestellung der Arbeit, auch in ihrer präzisierten Form, bot den Anlaß, allgemeine Probleme der rechtlichen Konzernorganisation anzuschneiden und die grundlegenden Systeme HAUSSMANNs[11] und KRONSTEINs,[12] auf welche die schuldrechtliche Betrachtungsweise zurückgeht, zu überprüfen. Vor allem konnte das das ganze Unternehmenszusammenfassungsrecht durchziehende, oft seltsame Nebeneinander von Vertragsrecht und Satzungsrecht einer kritischen Würdigung unterzogen werden. Darüberhinaus ergab sich teils die Notwendigkeit, teils die Gelegenheit, zu einigen anderen grundsätzlichen Fragen Stellung zu nehmen. So wurde die Lehre vom Organisationsvertrag, besonders hinsichtlich seiner rechtlichen Folgerungen, vertieft. Dabei war insbesondere das Problem zu lösen, das sich aus der (im Widerspruch zur h.L. stehenden) Erkenntnis eines Entfallens schuldrechtlicher Erfüllungspflichten ergab. Die in Analogie zum Recht des Tarifvertrags entwickelte "Theorie der Doppelwirkung" behob diese Schwierigkeiten durch die Wiedereinführung obligatorischer Pflichten als immanenter Bestandteile des Organisationsvertrags. Im Zusammenhang mit der Auffassung von der strukturändernden Wirkung der UVe wurde das Wesen der Konzerneingliederung und ihre Auswirkung auf die Verfassung der abh. j.P. beleuchtet. Dies setzte eine Analyse der gesetzlichen Grundstruktur der AG voraus. Im Anschluß an die Entwicklung der Lehre vom Erfordernis der "verfassungsmäs-

---

11) mit seiner Zweiteilung in dingliche und obligatorische Zusammenfassungen, vgl. unten § 2 A I

12) mit Dreiteilung in organisatorische, vertragliche und stimmenmäßige Abhängigkeit, vgl. unten § 2 A II

sigen Aufschließung der j.P." beim Abschluß obligatorischer UVe erschien es zweckmäßig, die Grenzen des Aufschließungszwangs festzulegen und damit die umstrittene Frage des geltenden Rechts zu behandeln, wann der Abschluß eines UVs der Satzungsänderung bedarf. Die Arbeit setzt sich im übrigen vorwiegend mit dem Amtl.E 1960/62 eines AktG auseinander und gelangt unter dogmatischer Klarstellung zu einer grundsätzlichen Billigung der künftigen Gesetzessystematik. Das gilt allerdings nicht, soweit sich der Entwurf in seinem Dritten Buch - "Verbundene Unternehmen" - (!) streng auf das Aktienrecht i.e.S., d.h. auf die Beteiligung einer AG (KGaA) beschränkt.

Bei der bekannten, kaum zu durchbrechenden Geheimhaltung in Kraft befindlicher UVe durch die Wirtschaft blieb die Crux einer zeitlich zum Teil veralteten Arbeitsgrundlage, nämlich des Rechtstatsachenmaterials der 20iger Jahre. Jedoch weichen die heutigen Verträge, wie Einblicke zeigen, in den grundsätzlichen Bestimmungen nicht wesentlich von den früher erarbeiteten Formen ab. Denn kennzeichnend für die derzeitige Vertragspraxis ist nicht eine Typenumformung, sondern lediglich eine Schwerpunktverschiebung in der Typenwahl mit eindeutiger Bevorzugung des Organschaftsvertrages. Die Standartwerke der früheren Jahrzehnte, auf die sich auch die heutigen Konzernrechtsdarstellungen weitestgehend stützen, boten daher eine zureichende Untersuchungsgrundlage.

III) Der Arbeit sollte ursprünglich ein rechtsvergleichender Anhang aus dem französischen Recht angeschlossen werden. Die Analyse französischer Literatur und Rechtssprechung war indes wenig fruchtbar. Der französischen Wirtschaftspraxis sind UVe als Verbundmittel ungeläufig. Die Ursachen liegen vor allem im Steuerrecht. Rechtssystematisch konnte ein Vergleich ohnehin nicht durchgeführt werden. Im französischen Recht hat sich hinsichtlich der Rechtsnatur des Gründungsvorgangs der AG die "institutionelle Konzeption" gegenüber der Vertragskonzeption durchgesetzt. Die Erscheinung eines Organisationsvertrages ist unbekannt. Dagegen wird, u.a. in etwa fünfzehn Entscheidungen seit dem Jahre 1880, das Problem aufgegriffen, ob der Abschluß von UVen, insbesondere Pachtverträgen, bei j.Pen eine Satzungsänderung bedeute. Die Frage wurde, soweit der Gegenstand der Gesellschaft i.e.S. erhalten blieb und der Vertrag nicht über die ganze satzungsmäßige Gesellschaftsdauer bzw. für unbestimmte Zeit lief, verneint (nur Wechsel in der Art und Weise der Unternehmensbewirtschaftung). Erst in jüngster Zeit beginnen sich erste Einbrüche in die st.Rspr. abzuzeichnen. Doch herrscht in der Literatur die Auffassung vor, daß bei einer entsprechend weiten Fassung des satzungsmäßigen Gegenstandes der Gesellschaft i.V.m. einer abgestimmten Vertragsfassung die Kompetenz des Verwaltungsrates von der Generalversammlung nicht bestritten werden kann. Bemerkt sei noch, daß sich das französische Wirtschaftsrecht z.Zt. mit Nachdruck den Unternehmensverbindungen zuwendet, wobei sich, wie in der deutschen Literatur, eine

interessante Kontroverse zwischen "gesellschaftsrechtlicher" und "unternehmensrechtlicher" Betrachtungsweise entwickelt hat.

Angesichts des begrenzten Erkenntniswertes des französischen Unternehmensvertragsrechts wurde auf eine Gegenüberstellung in dieser Arbeit verzichtet. Eine Darstellung unter Skizzierung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse in Deutschland hat der Verfasser in der Revue Trimestrielle de droit commercial, 1963, Nr. 1, Seite 37 - 65 vorgenommen.

1. Teil

Problemstand, kritische Würdigung und Gewinnung des dogmatischen Ausgangspunktes.

§ 1 Der Begriff des Unternehmensvertrages

A. Der Unternehmensvertrag - eine begriffliche Neuschöpfung des Aktienrechtsentwurfs 1960/62

I) Unter die im Aktienrechtsentwurf 1960/62 neu geprägte Bezeichnung "Unternehmensvertrag" fallen Verträge, die üblicherweise in der Literatur des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen als gebräuchliche Mittel obligatorischer Unternehmensverbindungen bezeichnet worden sind.[1] Der sprachliche Vorzug gegenüber der genaueren Benennung "unternehmenszusammenfassende Verträge" verdient Zustimmung. Nach dem begrifflichen Festlegungsversuch der Begründung zum E sind UVe typisch strukturändernd und werden regelmäßig zwischen Unternehmen abgeschlossen, beides ohne begriffliche Notwendigkeit.[2]

1) Mit der Anknüpfung an das "Unternehmen" geht die Bezeichnung wie üblich vom wirtschaftlichen Inhalt des Geschäfts, hier der Unternehmenszusammenfassung, aus, besagt jedoch nichts über die Vertragspartner.[3] Ist das Unternehmen wie meist in Form einer j.P. organisiert, so schließt rechtlich diese den Vertrag ab. Die j.P. ist Rechtssubjekt, das Unternehmen nur Rechtsobjekt. Letztere Qualifizierung ist allerdings mit Vorsicht aufzunehmen. Sie besteht zwar auch heute noch insofern zu Recht, als das Unternehmen selbst mangels Rechtspersönlichkeit nicht selbständig im Rechtsverkehr auftreten kann. Ihre frühere absolute Gültigkeit[4] muß aber gemäß den neueren Erkenntnissen des Wirtschafts- und Unternehmensrechts[5] eingeschränkt werden. Denn das Unternehmen ist im Begriff, sich eine eigenständige Position im gesamten Wirtschaftsrecht zu erobern.

---

1) vgl. hier nur Haußmann, Grundlegung, S. 106ff, Rasch, Konzernrecht, S. 62ff

2) so die Begr. zu § 280. Nur bei IGVen, § 281, I Z. 1 E, muß der Vertragspartner ein Unternehmen sein.

3) Entsprechend verhält es sich mit der Bezeichnung "verbundene Unternehmen" im E. Sie geht von der wirtschaftlichen Tatsache der Unternehmenszusammenfassung aus, besagt jedoch nichts über die Rechtsträger der Unternehmen (j.Pen i.d.R.) und deren Zusammenfassung.

4) vgl. Maurer, Persönlichkeitsrecht, S. 31

5) vgl. unten § 3 II 1

Infolge der engen Verknüpfung der j.P. mit ihrem Unternehmen werden beide Begriffe oft in gleicher Weise verwendet. Das beruht darauf, daß das deutsche Aktienrecht im Gegensatz etwa zum französischen[6] Unternehmen und Gesellschaft nicht scharf trennt. Der Vorstand ist Gesellschaftsverwalter und Unternehmensleiter in einer Person, die Bilanz ist sowohl Gesellschafts- wie Unternehmensbilanz, etc. Im deutschen Wirtschaftsrecht wird von "abhängiger j.P." (KRONSTEIN) gesprochen, ebenso aber auch von (rechtlich selbständigem) "abhängigem Unternehmen" (§ 15 E). Ein Zweifel, was gemeint ist, kann schwerlich entstehen. Meist ist es die j.P., so im E, §§ 15 - 18. Es ist deshalb unfruchtbar, hieran begriffliche Auseinandersetzungen zu knüpfen.[7] Auch in dieser Arbeit wird ein Augenmerk auf die Scheidung nur gelegt werden, wenn die Dogmatik es erfordert oder sonst eine rechtliche Differenzierung geboten ist.

2) UVe sollen "strukturändernd" sein. Dieses Kriterium bedarf der Erläuterung in doppelter Hinsicht, bezüglich des Betroffenen und des Inhalts der Einwirkung. Zu ersterem gilt: wenn von "Strukturänderung" die Rede ist, meint man in aller Regel Änderung der Struktur der j.P. Doch ändert sich, insbesondere bei Konzerneingliederung, auch die Struktur des Unternehmens, nach MESTMÄCKER[8] tritt sogar eine Vernichtung des Unternehmens ein.[9] Zum Inhalt der Strukturänderung wird in der Begründung des E nicht weiter Stellung genommen. Wir werden später, insbesondere § 4 III darauf zurückkommen. Hier sei nur bemerkt: der besondere Charakter der UVe tritt am deutlichsten im Vergleich zu einem normalen Umsatzgeschäft der Gesellschaft zutage. Dort handelt es sich um die Verwirklichung eines konkreten, in der Reichweite beschränkten Einzelinteresses der Gesellschaft, das aber gleichwohl dem Gesamterwerbsinteresse parallel verläuft, gesamtinteressenkonform ist. Auch bleibt der Träger des Gesamtinteresses derselbe; es ist stets die Gesellschaft. Anders bei den UVen: hier geht es von vornherein um das Gesamtinteresse der Gesellschaft und es tritt eine mindestens teilweise Änderung des Destinatärs des Erwerbsstrebens ein. Träger des Gesamtinteresses wird a u c h oder n u r ein anderer, ein Dritter. So ist bei den typischen Verträgen des § 256 AktG kennzeichnend, daß die Gesellschaft ihr Unternehmen fortan nicht mehr für Rechnung ihrer Aktionäre betreibt, sondern auch für Rechnung Dritter (Interessengemeinschaftsvertrag), nur für Rechnung Dritter (Geschäftsführungsvertrag) oder als Rentnergesellschaft (Pachtvertrag).[10] Damit hat die Gesellschaft

---

6) vgl. Ripert, Traité élémentaire de droit commercial, 4. Aufl. 1959, Bd. 1, Nr. 1160ff

7) so aber Maurer aaO, S. 31ff, 69f; vgl. auch Würdinger, DB 58, 1448, Rautmann, RefE, S. 165, Erlinghagen, Organschaftsvertrag, S. 29f, der allerdings die Bezeichnung "abh.Ges." im Grunde für verfehlt hält.

8) Verwaltung, S. 302ff

9) vgl. dazu unten § 4 I 4

10) Würdinger, Schmidt-Festschrift, S. 282

ihre wirtschaftliche Selbständigkeit, zu der wesensmäßig Handeln auf eigene Gefahr und Rechnung gehört, aufgegeben. Statt einer unbestimmten Gewinnerwartung steht ihr ein vertraglich begründeter Anspruch auf festes Entgelt in der üblichen Form der Dividendengarantie zugunsten der Minderheitsaktionäre zu. Letztere erlangen nicht reale, sondern "hypothetische" Gewinne (so die Formulierung ERLINGHAGENs[11]), d.h. künstlich berechnete, konstruierte. Zu beachten ist, daß nicht notwendig Handeln auf fremde Rechnung erfolgen muß; es genügt eine Umstellung auf Handeln im fremden Interesse. Immer bleibt kennzeichnend, daß nicht ein Teilinteresse der Gesellschaft berührt wird, sondern ihre Interessengesamtstruktur. Vom Vertragspartner aus gesehen: ihn interessiert nicht wie beim Umsatzgeschäft eine konkrete Funktion des Unternehmens, etwa sein Vermögen, ihm eine hochwertige Maschine zu liefern, sondern das Unternehmen in seiner sachlichen, personellen und organisatorischen Gesamtheit. Und dieses Interesse besteht nicht nur im Hinblick auf die Gewinnerwartung des Unternehmens, sondern auch im Hinblick auf dessen konkrete Geschäftstätigkeit (vgl. zur Kritik an der hier zu einseitigen h.L. unten § 4 II 1).

3) Regelmäßig werden UVe mit dem Großaktionär abgeschlossen; eine begriffliche Notwendigkeit ist dies nicht, wie die Begründung zu §§ 280 und 282 E zu Recht hervorhebt.

II) Numerus clausus der Unternehmensverträge des Entwurfs?

In der Begründung zum E ist, wie wir sahen, eine allgemeine, wenn auch inhaltlich noch dürftige Definition des Begriffs "Unternehmensvertrag" erfolgt. Ihre Übernahme ermöglichte es, alle bisher im Unternehmenszusammenfassungsrecht behandelten Vertragstypen einheitlich unter der neuen Bezeichnung zu erfassen. Diese Definition soll aber nicht Gesetz werden. Vielmehr erfaßt der E unter der Bezeichnung "Unternehmensverträge" in §§ 280, 281 sechs ganz bestimmte Typen.[12] Liegt darin eine Einschränkung des Unternehmensvertrags-Begriffs?

Die Begründung zum E äußert sich zur Frage der abschließenden Regelung weder ausdrücklich noch sinngemäß. Nun kommt eine Ausschließlichkeit hinsichtlich der Rechtsform eines beteiligten Unternehmens sicher nicht in Betracht. Begriffswesentlich kann es für einen UV nicht sein, daß eine AG oder KGaA Partner ist.

---

11) aaO, S. 143

12) Ob ein Verwaltungsgemeinschaftsvertrag als UV anzusehen ist, läßt § 280, II E dahingestellt; jedenfalls ist er kein Beherrschungsvertrag. Dieser Typ ist jedoch der Praxis unbekannt; er ist stets mit einer Gewinngemeinschaft gekoppelt und als solcher "Interessengemeinschaftsvertrag" in § 281 E geregelt.

Hinsichtlich der Vertragstypen ist ein numerus clausus, der sich an dem Wortlaut des Gesetzentwurfs orientierte, zu verneinen. Es wäre verfehlt, strukturell ähnliche Typen wie den Konzern-Betriebsführungsvertrag von dem Sammelbegriff "Unternehmensvertrag" auszuschließen, und die bisher einheitliche Erfassung der unternehmenszusammenfassenden Verträge würde gesprengt. Jedoch erfordert die ratio der §§ 280ff E, auch die herkömmlich anders bezeichneten restlichen UVe (es sind nur wenige) unter einen der genannten sechs Typen zu subsumieren. Das dürfte nicht schwerfallen. Der Konzern-Betriebsführungsvertrag etwa kann ohne weiteres als Betriebsüberlassungsvertrag (i.w.S.) aufgefaßt werden. Von dorther ist also de lege ferenda ein numerus clausus der gesetzlichen Typen zu bejahen, ohne daß es einer Einschränkung des allgemeinen Unternehmensvertrags-Begriffs bedarf. Ob es sich dabei in einem solchen Fall noch um einen "echten" numerus clausus handelt, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls wird man künftig einen allgemeinen Begriff des "Unternehmensvertrags" von jenem i.S. der §§ 280, 281 E zu unterscheiden haben. Gleichwohl wird jeder beliebige UV (i.allg.S.), soweit AGen bzw. KGaAen beteiligt sind, unter einen der gesetzlichen Typen des E zu subsumieren sein.

III) Charakteristik der Unternehmensverträge des Entwurfs.

Voraussetzung ist stets die Beteiligung einer AG oder KGaA in bestimmter, regelmäßig abhängigkeitsbegründender Weise. [13]

1) Der Beherrschungs- und der Gewinnabführungsvertrag des § 280 greifen am weitesten in die Struktur der AG ein. Der Beherrschungsvertrag, ein neu vorgeschlagener Typus, überträgt die nach § 73 E grundsätzlich dem Vorstand unbeschränkt zustehende Leitungsmacht der Gesellschaft auf ein anderes Unternehmen, das dadurch zur h.P. wird. Der Gewinnabführungsvertrag zielt auf volle Abführung des Jahresgewinns. Die Vertragspartner müssen stets Unternehmen sein. Die Übertragung der Leitungsmacht beim Beherrschungsvertrag erfolgt grundsätzlich unbeschränkt und generell, d.h. beide Typen stellen Modellverträge vollständiger Unterwerfung dar. Werden sie gekoppelt, ist die Parallele zum Organschaftsvertrag des geltenden Rechts unverkennbar.

2) § 281 E betrifft vier andere Typen der UVe, die bereits in § 256 AktG erfaßt waren. Abs. 1 Z. 1 regelt die Gewinngemeinschaft, wobei anders als § 256 nur noch die echte Gewinngemeinschaft gemeint ist. [14] Teilgewinngemeinschaft genügt,

---

13) zur systematischen und rechtspolitischen Kritik vgl. unten § 13 I

14) Die Nichterfassung des Gewinnabführungsvertrages in § 256 AktG hat ja zur Subsumierung unter den Begriff "Gewinngemeinschaft" genötigt, Baumbach-Hueck, AktG, § 256 Anm. A 2.

etwa Vergemeinschaftung des Ergebnisses einzelner Betriebe, sogar nur von Teilen solcher Einzelbetriebsergebnisse. Der Vertragspartner muß ebenfalls ein Unternehmen betreiben. Abs. 1 Z. 2 erfaßt verschiedene, der Z. 1 entsprechende Modalitäten des Teilgewinnabführungsvertrags, Z. 3 Betriebsüberlassungsverträge im weiteren Sinn, d.h. Pacht- und Betriebsüberlassungsverträge i.e.S., Z. 4 den in § 256 nicht zusammenfassend bezeichneten Vertrag, durch den das Unternehmen fortan im eigenen Namen für fremde Rechnung geführt wird und für den der E nunmehr die Terminologie "Geschäftsführungsvertrag" vorsieht. Der Vertragspartner bei Z. 2 - 4 braucht kein Unternehmen zu sein.

B. Die herkömmliche Einteilung der Unternehmensverträge.

I) Konzerneingliedernde Unternehmensverträge.

1) Koordination: der Interessengemeinschaftsvertrag (IGV). Der Begriff wird in der Praxis oft unklar verwendet,[15] z.B. als IG i.w.S., die sämtliche UVe erfaßt. Auf diese Weise dient die Bezeichnung bewußt der Verschleierung eines in Wahrheit subordinierenden Vertrages.[16] Diese Auflösung des Begriffs vermeidet die engere Auffassung, die echte Vergemeinschaftung i.S. der §§ 705ff BGB verlangt. Sie herrscht in der Literatur vor.[17] Wirtschaftlich kann die IG eine schlichte Gewinngemeinschaft beinhalten, aber auch bezwecken, eine dauernde Verschmelzung zu ersetzen; häufig stellt sie ein als befristet gedachtes Versuchs- und Übergangsstadium zur Vollfusion dar ("transitorische IG").[18] Vielfach liegt der vertraglichen Gemeinschaft eine - oft wechselseitige - Beteiligung zugrunde, oder es wird anläßlich des Vertragsschlusses eine derartige Verflechtung vorgenommen. Streitig ist, ob das wesentliche Merkmal der IG in der Gewinngemeinschaft liegt, wie insbesondere GEILER[19] annimmt, oder in der Gleichrichtung der Verwaltung, in der betrieblichen Zusammenfassung.[20] Letztere Auffassung verdient den Vorzug: den beteiligten Unternehmern ist entscheidend der Gedanke der Gewinnsteigerung durch das wirtschaftliche Zusammengehen; die Gewinngemeinschaft schafft den notwendigen Ausgleich möglicher einseitiger Interessenzurückstellungen zugunsten des Gesamtinteresses.[21] Diese Grundvorstellung mag bei der reinen Gewinnge-

---

15) vgl. die Kritik bei Haußmann, Grundlegung, S. 110f

16) Bühler, Konzernsteuerrecht, S. 343: "Form, um in Schönheit zu sterben".

17) vgl. Würdinger, Aktienrecht, S. 197

18) Geiler, IGen, Anm. 457

19) aaO, Anm. 442

20) so Mestmäcker, aaO, S. 321, Rasch, Konzernrecht, S. 76, Hug, Schweiz. JZ Bd 37 (1940/41), S. 347, Nägeli, Doppelgesellschaft I, S. 223, Haußmann, Praxis, S. 132, Friedländer, IG, S. 12ff, Konzernrecht, S. 114f

21) s. Nägeli I, S. 218ff

meinschaft nicht hereinspielen (sondern allein der Gedanke des Risikoausgleichs); praktisch dürfte diese aber gar nicht vorkommen, obwohl sie in kaum einer Darstellung fehlt. Denn welcher Unternehmer würde seinen Gewinn mit dem eines anderen Unternehmens zusammenlegen, das weiterhin völlig unabhängig wirtschaftet und nun evtl. riskantere Geschäfte als vorher unternimmt?

Wenn auch, richtig verstanden, der Nachdruck bei der IG auf der betrieblichen Koordination liegt, ist doch das Zusammenlegen der Geschäftsgewinne ebenfalls Begriffsessentiale aller IGen.[22] Selten wird dabei Gesellschaftsvermögen gebildet; der Vorgang ist rechnerischer Art. Erfaßt wird stets der Gesamtgewinn oder ein Bruchteil, nie der eines einzelnen Geschäfts. Die Möglichkeit der beschränkten IG, die HAUSSMANN[23] noch ablehnte, ist mindestens seit Einführung von § 256 AktG (ebenso im E, § 281, I Z. 1) allgemein anerkannt. Die Aufstellung der Vorbilanzen pflegt nach vertraglich vereinheitlichten Bilanzierungsgrundsätzen zu erfolgen, die zumeist den üblichen kaufmännischen Grundsätzen der Handelsbilanzen entsprechen. Praktisch erheblichster Verhandlungspunkt ist die Festlegung des Verteilungsschlüssels; die maßgeblichen Erwägungen (Grundkapital-Verhältnis, Gewinnerwartung, innerer Wert, Entwicklung der letzten 5 Jahre, etc.) brauchen hier nicht weiter verfolgt zu werden. Der zugeteilte Gewinn ergibt den bilanzmäßigen Reingewinn.

IGVe werden üblicherweise auf längere Zeiträume abgeschlossen, da sie sich, sofern engere Verknüpfung vorliegt, naturgemäß erst nach einer gewissen Anlaufzeit auswirken können. Die freie Kündigung wird i.d.R. erschwert, jedoch gilt das unbeschränkbare Kündigungsrecht aus wichtigem Grund nach § 723 BGB. An das Vorliegen eines wichtigen Grundes müssen nach h.M. strenge Anforderungen gestellt werden; insbesondere berechtigt nicht jede Verschiebung des inneren Unternehmenswertes zur Schlüsseländerung bzw. Kündigung. Denn die Vergemeinschaftung des Unternehmensrisikos gehört gerade mit zum Wesen des IGVes.[24] Vereinbarungen über Vertragsstrafen, die an die Stelle der meist mangels hinreichenden Schadensnachweises versagenden Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung treten, Klauseln über Schiedsgerichte, Liquidationsbestimmungen, die schlüsselgemäße Ausgleichszahlungen vorsehen, und Fusionsabsprachen vervollständigen das Bild des IGVes.

---

22) Die reine Arbeitsgemeinschaft ohne Zusammenwerfung der Gewinne als schwächeren Typus der IG zu bezeichnen, wie Friedländer, Konzernrecht, S. 115, tut, würde den ohnehin strapazierten Begriff überdehnen. Denn letztlich ist jede Ges. b.R's eine IG (so zu Recht Rasch, Konzernrecht S. 72).

23) aaO

24) Mestmäcker, aaO, S. 322, Friedländer, Konzernrecht, S. 122

Zuweilen sind auch IGVe derart hintereinandergeschaltet, daß die IG der durch IGV verbundenen Unternehmen A und B mit C eine neue IG eingeht; A und B können aber auch selbständige Mitglieder der neuen IG sein (so im Fall Schultheiß-Ostwerke-Kahlbaum[25]). Sie können auch zur Koordination im Rahmen einer Subordination dienen, wenn etwa aus Tochtergesellschaften eine IG gebildet wird, die von einer weiteren Tochtergesellschaft zentral verwaltet wird (welche zugleich Holding der Einzelgesellschaften sein kann, die dann Enkelgesellschaften sind).

Unscharf ist i.a. die Abgrenzung der beschränkten IG zur Gewinnpolung.[26] Wenn SCHLEGELBERGER-QUASSOWSKI[27] meinen, bei letzterer werde die wirtschaftliche Selbständigkeit der Gesellschaft nicht berührt, weil es sich nicht um Vergemeinschaftung des Betriebsergebnisses handle, sondern der Vertragsschluß aus Wettbewerbsgründen erfolge, so spielt bei dieser Differenzierung offenbar die früher übliche Verkennung der wettbewerbsrechtlichen Bedeutung konzernmäßiger Zusammenschlüsse eine entscheidende Rolle.[28] Das Wettbewerbsmoment ist zur Abgrenzung ungeeignet.[29] Gewinnpoolung gleichbedeutend mit IG zu verwenden, wie FRIEDLÄNDER[30] tut, überspannt den Poolbegriff, der lediglich auf Gewinnvergemeinschaftung abgestellt ist. Es erscheint zweckmäßig, ihn auf Fälle der Gewinn-

---

25) abgedruckt u.a. bei Rosendorff, Konzernorganisation, Anh. 6 b, S. 138ff; vgl. dazu Haußmann, Festschrift für Heinitz, 1926, S. 200ff, Friedländer, Konzernrecht, S. 32.

26) Den Unterschied zwischen Gewinnverteilungskartell und IG arbeitet sehr klar Bauer, Die rechtliche Struktur der Truste, S. 19ff, heraus.

27) AktG, § 256 Anm. 3

28) Zu dieser Vernachlässigung des wettbewerbsbeschränkenden Einflusses der Konzernierung (beginnende Korrektur in § 23 GWB) dürfte nicht unwesentlich die sonst so verdienstvolle systematische Arbeit Haußmanns beigetragen haben mit seiner Zweiteilung der wirtschaftlichen Beherrschungsformen in Kartelle (nach außen) und Konzerne (nach innen). Das hat dazu geführt, den Konzernbegriff vom früher üblichen Trustbegriff auszusondern (gegen erheblichen Widerspruch, Bauers z.B.) und schließlich den Trustbegriff bald völlig zu eliminieren. Richtiger Liefmann, der sein Standardwerk "Kartelle und Trusts" ab der 7. Aufl. 1927 in "Kartelle, Konzerne, Trusts" umbenannte, obwohl auch diese Dreiteilung recht gefährlich ist. Die Ablehnung des "undeutschen" Trustbegriffs mag, wie Bühler, aaO, S. 242ff, sehr klar ausführt, begrifflich voll zu Recht bestehen; jedoch wurde das dem Trustbegriff immanente Wettbewerbsbeschränkungsmoment "mit dem Bade ausgeschüttet".

29) Im anglo-amerikanischen Rechtskreis wird der Poolbegriff jedoch meist für Gestaltungen i.S. des deutschen Kartells verwendet; s. Friedländer, Konzernrecht, S. 115.

30) IG, S. 12

zusammenlegung zu beschränken, dort aber auf sämtliche, d.h. Fälle der reinen und normalen IG sowie der Vergemeinschaftung von Gewinnen aus einzelnen Geschäftszweigen. Darüber hinaus bei der Poolung als Begriffsessentiale die Bildung von Gesellschaftsvermögen zu verlangen, wie BAUER[31] vorschlägt, erscheint als eine unnötige Einengung. Jeder IGV enthält somit als Bestandteil einen Poolvertrag. Die Abgrenzung entbehrt im übrigen der praktischen Bedeutung, da sowohl § 256 AktG wie § 281 E lediglich auf die Vergemeinschaftung der Gewinne abstellen, d.h. jedenfalls IG und Poolung erfassen.

Der IGV hat demnach zum Inhalt eine vertragliche Gewinnzusammenlegung unter Vergemeinschaftung oder zumindest Gleichrichtung der Unternehmensverwaltung.[32] Er ist stets ein Gesellschaftsvertrag nach §§ 705ff BGB.

An Arten der IG sind zu unterscheiden:

a) die einfache IG.
Sie ist eine reine Innengesellschaft. Meist sind nur zwei Unternehmen beteiligt, es besteht eine Gewinngemeinschaft und "gewisse Kombinationen, welche die gleiche Richtung oder auch Gemeinsamkeit der Verwaltung gewährleisten sollen" (HAUSSMANN[33]). Solche Kombinationen bestehen häufig in personeller Verflechtung; besteht ein Gemeinschaftsrat (meist gemeinsamer AR-Ausschuß) mit teils beratenden, teils entscheidenden Funktionen, der die Durchsetzung vertraglich niedergelegter gemeinsamer Ziele (Rationalisierung, Produktionsaufteilung, Gemeinschaftsentwicklung, etc) herbeiführen soll,[34] erfolgt der Übergang zur

b) zentralen IG.
Diese ist meist von vornherein auf eine größere Anzahl von Unternehmen abgestellt und durch straffe Einheitlichkeit der Geschäftsführung gekennzeichnet.[35] Es besteht eine sog. Verwaltungs- und Betriebsgemeinschaft. Der IGV sieht zu deren Gewährleistung häufig Organverflechtung vor[36] sowie vor allem Schaffung eines Gemeinschaftsorgans. Dieses kann geschäftsführende (Richtlinien oder Ein-

---

31) aaO, S. 248ff, ebenso wohl Geiler, Organisationsformen, S. 57

32) A.A. Rasch, Konzernrecht, S. 72, 76, der den Begriff auf Gewinnzusammenlegung mit Verwaltungsvergemeinschaftung beschränkt.

33) Grundlegung, S. 120 34) vgl. Haußmann, Praxis, Beispiel AV 3 S. 149f

35) Haußmann, Grundlegung, S. 122

36) Möglich heute nur noch als Verpflichtung zur Hinwirkung auf entsprechende Wahl durch die Vertragspartner, ebenso nach dem E, da die Organbestellung zwingend geregelt ist. Möglich erscheint aber auch heute noch die Konstruktion der Bestellung bestimmter Personen zu Organmitgliedern als "Last" der Parteien. D.h. entsprechender Ausfall der Organwahlen ist Bedingung für das Inkrafttreten des IGVes. Vgl. dazu Kost, Vertragsrecht, S. 17ff.

zelweisungsrecht) oder aufsichtsführende Funktionen haben. Eingebürgert ist die Organisationsform der Doppelgesellschaft, die zumeist zwei Gemeinschaftsorgane aufweist: neben der Grundgesellschaft wird eine j.P., meist GmbH, als Geschäftsführungsorgan geschaffen; der Gemeinschaftsrat hat ihr gegenüber Aufsichtsfunktion. Bezüglich seiner Zusammensetzung, der Einzelausgestaltung der Funktionsverteilung und der Schaffung besonderer Organe bestehen auf Grund der Vertragsfreiheit die mannigfachsten Möglichkeiten. So kann aus den Vorständen der Einzelgesellschaften ein Gesamtvorstand gebildet werden wie bei der IG AEG-UEG[37] oder Vorstandskommissionen,[38] oder es kann ein zweites Aufsichtsorgan als "Revisionsinstanz" geschaffen werden.

Die Geschäftsführungs-GmbH ist sog. Organgesellschaft. Ihr Kapital ist regelmässig gering, ihr Ergebnis führt sie ab. Sie kann nur innerorganisatorische Funktionen haben, d.h. die Verwaltungs- und Betriebsgemeinschaft durchführen und kontrollieren oder auch (zusätzlich) Vertriebsaufgaben übernehmen. Übt sie alle Aussenfunktionen aus, wird indirekt einheitliche Vertretung erreicht. Ihre Geschäftsanteile stehen, i.d.R. quotenmäßig dem Verteilungsschlüssel entsprechend, den IG-Partnern zu.[39]

Die zentrale IG stellt, auch wenn sie keine Doppelgesellschaft ist, einen Konzern dar. Bei der einfachen wird es dagegen öfters infolge bloßer Verwaltungsgleichrichtung, jeweils durch Vereinbarung abgestimmt, an der "einheitlichen Leitung" i.S. des § 15, I AktG fehlen. Nicht zugestimmt werden kann BÜHLER,[40] wenn er, allein von der umsatzsteuerrechtlichen Betrachtung ausgehend, den Konzerntatbestand an die Verneinung der Umsatzsteuerpflicht anknüpft und somit nur die zentralisierte IG in Form der Doppelgesellschaft als Konzern auffaßt.

c) Die scheinbare Verbindung der IG mit anderen UV-Typen. Muster hierfür ist die zentrale Pachtungsgemeinschaft. Bei ihr werden die Unternehmen der Vertragspartner der Geschäftsführungsgesellschaft, die dann z.T. als kapitalkräftigere AG ausgestaltet wird, verpachtet bzw. sonst vertraglich überlassen. Zu Recht qualifiziert ROSENDORFF[41] diese Gestaltung als IG. Der grundsätzliche Aufbau der Ge-

---

37) abgedr. bei Rosendorff, aaO, Anl. 5

38) so Vereinigte Stahlwerke-Konzern, s. Enquête I 3/1, Vernehmungen, S. 382f

39) Formal gesehen könnte man bei der Doppelgesellschafts-IG von einer gegenseitigen Abhängigkeit sprechen: die Geschäftsführungsgesellschaft hat die zentralisierte Unternehmensleitung und ist andrerseits eigentumsmäßig abhängig von den Partnern der IG. Materiell besteht aber nur eine Abhängigkeit der Organgesellschaft. Denn sie ist nicht selbständige Weisungsgeberin, sondern nur Mittlerin der Beschlüsse des Gesellschafterausschusses der IG.

40) aaO, S. 342ff

41) aaO, S. 27f, ähnlich Friedländer, IG, S. 19

meinschaft ist nicht anders als bei der normalen zentralen IG. Der Gesamtgewinn der Dachgesellschaft, an der die Einzelgesellschaften quotenmäßig nach Maßgabe des Schlüssels beteiligt sind, wird schlüsselmäßig verteilt, wobei es gleichgültig ist, ob Ergebnisabführung erfolgt oder mitgliedschaftliche Gewinnansprüche geltend gemacht werden.[42] Der Pacht- oder BÜV ist hier Gestaltungsmittel auf der Grundlage einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft. Es werden zwei Kausalverhältnisse hintereinandergeschaltet. Die gesellschaftsrechtliche Beitragsleistung ist (u.a.) die Verpachtung; inwieweit nur Pachtrecht anzuwenden ist, entscheidet die Auslegung des Gesellschaftsvertrags. Ergibt diese hierzu nichts, so ist bei der Pachtvertragsauslegung die gesellschaftsrechtliche Bezogenheit stets zu berücksichtigen, d.h. die §§ 705ff BGB modifizieren das Pachtrecht teilweise.[43]

d) Die IG mit Subordination (unechte IG).
Bei ihr wird das Unternehmensrisiko nicht vergemeinschaftet, sondern die führende Gesellschaft übernimmt es allein. Sie führt die beteiligten Unternehmen, sie erhält den ganzen Gewinn; den abh. Gesellschaften bzw. ihren Minderheitsaktionären wird eine Entschädigung, meist eine bestimmte Dividende, garantiert. Damit entfällt aber der gemeinsame Zweck, den die §§ 705ff voraussetzen.[44] Der IG-Begriff ist auf die Gleichordnungszusammenschlüsse, mithin auf das Vorliegen

---

42) A.A. im letzteren Fall Geiler, IGen, Anm. 447: keine IG mehr. Aber auch hier beruht die Gewinnverteilung letztlich auf Vertrag; die Verschiedenheit der jur. Konstruktionen, die die konkrete Art und Weise der Gewinnverteilung regeln, beeinflußt die vertragliche Grundlage nicht.

43) vgl. auch Friedländer, IG, S. 19, 41 u. 45, der bei der Subordinations-IG ein entsprechendes Verhältnis von Gesellschaftsrecht und Pachtrecht annimmt. In Wirklichkeit liegt jedoch dort keine b.-r.Ges. mehr vor, es bestehen nur noch gegenüber der ges. Regelung modifizierte Pacht- und BÜVe. Sein Beispiel eines IGVes in Anlage III stellt in Wahrheit einen Teil-Gewinn abführungsvertrag dar, d.h. ein typisches Subordinationsverhältnis. Klingler, Unternehmenspacht, S. 14ff, will für die Pachtverträge Pachtrecht sogar nur subsidiär hinter Gesellschaftsrecht anwenden. Doch muß der Gesellschafterwille, der als Beitragsleistung eben Verpachtung vorsieht, geachtet werden.

44) Mestmäcker, aaO, S. 322, Würdinger, Aktienrecht, S. 197, Larenz, Schuldrecht II, 4. Aufl. 1960, S. 236 Anm. 1, Klingler, aaO, S. 34, 36, Holländer, KR 1931, 758; a.A. Rasch, Konzernrecht, S. 76, Geiler, IGen, Anm. 442, Friedländer, IG, S. 41. Nach Geiler, aaO, Anm. 447 (ebenso Friedländer, aaO, S. 60) liegt auch dann noch eine Zweckgemeinschaft vor, wenn nur ein BÜV abgeschlossen ist, die Dividende des Überlassenden aber von der des Betriebsführers abhängt. Ausdrücklich ablehn. Klingler, aaO, S. 36.

einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft zu beschränken.[45] Ob eine Zweckgemeinschaft i.S. der §§ 705ff noch vorliegt, wenn die Geschäftsführung ganz von der starken Gesellschaft übernommen ist, den Minderheitsgesellschaftern jedoch eine vom jeweiligen Gemeinschaftsertrag abhängige Dividende, bei fester Mindestdividende, garantiert wird, ist zweifelhaft. Spielt die Höhe der Dividende eine Rolle dabei? Man wird wohl Gleichordnung in der Gewinnverteilung in jedem Fall verneinen müssen, bei dem nur noch die Minderheitsgesellschafter ihre, wenn auch gesamtgewinnabhängige, Dividende erhalten - unabhängig von der Frage, ob die Geschäfte gemeinsam oder von der leitenden Gesellschaft geführt werden. Das sind Subordinationsverhältnisse, die keine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft begründen und mithin aus dem IG-Begriff auszuscheiden sind.

Der hier aufgestellte Begriff des IGVes unterfällt somit voll der "Gewinngemeinschaft" des § 256 AktG und § 381, I Z. 1 E; diese Bestimmungen reichen nur insofern weiter, als sie auch die reine Gewinngemeinschaft erfassen. Letztere rechnet demnach, wenn auch nicht zu den IGVen, so doch zu den UVen.

2) Subordination:

a) Der Organschaftsvertrag (OrganschaftsV).

Es muß unterschieden werden zwischen Organschafts t a t b e s t a n d und Organschafts v e r t r a g. Ferner sind zivilrechtliche und steuerrechtliche Begriffsbildung auseinanderzuhalten. Die Verwirrung im letzteren Bereich rührt daher, daß steuerrechtliche Motivierung einerseits und die mit Mitteln des Zivilrechts, etwa des Vertrages, bewirkte Ausführung der Leitungs- und Vermögensverschiebung andrerseits vermengt werden.[46] Ferner tut die Orientierung des Steuerrechts am Faktischen der zivilrechtlichen Dogmatik Abbruch. Teils wird dabei die sogenannte "wirtschaftliche Betrachtungsweise des Steuerrechts" gar nicht als solche erkannt, teils über ihrer methodischen Richtigkeit in diesem Rechtsgebiet ihre typische dogmatische Unfähigkeit vergessen. Systematische Klarheit läßt sich nur nach Ausschaltung dieser Fehlerquellen gewinnen.

aa) Der OrganschaftsV ist ein Vertragstyp, der in den letzten Jahren, vor allem im Steuerrecht, stark in den Vordergrund getreten ist. Indes findet sich für ihn keine

---

45) so mit Recht Bühler, aaO, S. 342. Mestmäcker aaO verwendet dagegen den Begriff der Subordinations-IG, trotz Verneinung einer b.r.Ges., ebenso Nägeli I, S. 217.

46) Insofern bedenklich Mestmäcker, aaO, S. 297: nur von der steuerrechtlichen Bedeutung der Ergebnisausschlußvereinbarung sei steuerrechtlich und zivilrechtlich (!) deren zutreffende Würdigung möglich.

eigene steuerrechtliche Begriffsbildung oder gar nur eine solche.[47] Zivilrechtlich versteht man unter OrganschaftsV einen Vertrag, durch den sich eine j.P. den Weisungen einer anderen Gesellschaft unterstellt und gegen Verlustdeckungszusage volle Gewinnabführung verspricht.[48] Z.T. wird der OrganschaftsV aber auch auf die Weisungsunterstellung beschränkt[49] und daneben von einem selbständigen "Ergebnisübernahme-Vertrag" bzw. einer "Gewinn- und Verlustübernahme-Vereinbarung" gesprochen.[50] Der weitere, beide Kriterien umfassende Begriff verdient den Vorzug.

bb) Der OrganschaftsV kann schwerlich zutreffend gewürdigt werden, ohne sein Verhältnis zur "Organschaft" bzw. zur "Organgesellschaft" zu klären. Erst von dorther erhält er Hintergrund und Farbe.

Organschaft i.S. des Organschafts t a t b e s t a n d e s soll ein besonders enges Abhängigkeitsverhältnis erfassen. Sie ist, vor allem in jüngerer Zeit, von überragender Bedeutung im Steuerrecht geworden. Dort bestehen gesetzliche Definitionen. Organschaft liegt darnach nur vor, wenn die Organgesellschaft "keinen eigenen Willen mehr hat". Das ist dann der Fall, wenn sie nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in die herrschende Gesellschaft eingegliedert ist (vgl. §§ 2, II Nr. 2 UStG und GewStG i.V.m. §§ 17 UStDB, 3 GewStDV). D.h. die Organgesellschaft muß objektiv und subjektiv, sachlich und persönlich unselbständig sein.[51] Da die Steuerrechtsprechung bei der Substantiierung der drei Eingliederungserfordernisse je nach Steuerart gewisse Unterschiede macht,[52] der Bundesfinanzhof[53] zur steuerrechtlichen Anerkennung

---

47) anders viele, vgl. hier nur Schultze-Schlutius, Organtheorie S. 54, nach dem bereits der Gewinn- und Verlustausschluß ein rein steuerrechtliches Phänomen sein soll.

48) vgl. die Amtl. Begr. zu § 280 E, ferner die Vertragsanlagen bei Erlinghagen, aaO, dann Baumbach-Hueck, AktG, § 256 Anm. Bb.

49) Hierfür findet sich auch die Bezeichnung "Unterwerfungsvertrag" s. 42. DJT, Disk. F 85 (Schmidt).

50) vgl. Erlinghagen, Der Organschaftsvertrag "mit Ergebnisausschlußklausel". Die Bezeichnung "Ergebnisausschluß" entspricht zwar der praktizierten Bilanzierungsmethode, verdunkelt aber, daß es sich regelmäßig um Gewinnabführung (selten um Verlustdeckung) handelt. Vgl. zum Begrifflichen auch Erlinghagen, aaO, S. 4 und BGH LM § 256 AktG Nr. 1.

51) Es kann hier auf zahlreiche jüngere Lit. verwiesen werden, so u.a. auf Schultze-Schlutius, Organtheorie, Flume, DB 55, 485ff, 56, 455ff u. 672ff, 57, 439ff, Mestmäcker, aaO, S. 287ff, Erlinghagen, aaO, S. 4ff.

52) vgl. die Übersicht bei Schultze-Schlutius, Anhang S. 199ff

53) s. das zusammenfassende Gutachten in BStBl III 1957 S. 139 Nr. 106

der Organschaft im Körperschaftssteuerrecht einen schriftlich abgeschlossenen Ergebnisübernahmevertrag verlangt und im übrigen im Steuerrecht ganz die wirtschaftliche Betrachtungsweise vorherrscht, ist der steuerrechtliche Organschaftsbegriff für eine zivilrechtliche Systematik unbrauchbar.[54]

Außerhalb des Steuerrechts findet sich nur an einer Stelle eine die Organschaft betreffende gesetzliche Regelung. Es handelt sich um § 1 MitbestErgG v. 7.8.1956. § 1, II des Gesetzes bringt eine eigene Definition. Danach ist das Organschaftsverhältnis "ein auf Vereinbarung beruhendes Beherrschungsverhältnis, auf Grund dessen das abhängige Unternehmen in seiner Geschäftsführung dem Willen des herrschenden Unternehmens unterworfen ist". Die Literatur ist sich einig, daß sich diese Definition trotz des übereinstimmenden Willensmoments vom Steuerrecht löst und insbesondere keine finanzielle, wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung fordert.[55] Die Beschränkung auf "Vereinbarungsverhältnisse" erscheint jedoch zu eng. Organschaft im zivilrechtlichen Sinn ist auch auf anderem Wege, vor allem durch satzungsmäßige Zuordnung, begründbar.[56, 57]

In der Literatur ist die Begriffsbestimmung des MitbestErgGes, auch in der berichtigten Form, nicht vertreten bzw. aufgegriffen worden. Teilweise wird die Berechtigung einer eigenen zivilrechtlichen Begriffsbildung verneint. Die Organschaft soll ein rein steuerrechtlicher Zweckbegriff sein.[58] Für MEISE[59] etwa ist Organgesellschaft nur und genau das, was die Steuerrechtsprechung darunter versteht. Die Organgesellschaft sei daher notwendig vertragsmäßig abhängig (Weisungserteilung

---

54) s. auch Schultze-Schlutius, aaO, S. 27: im Steuerrecht sei zwischen Satzungsrecht und Vertragsrecht kein Unterschied zu machen. Vgl. im übrigen Serick, aaO, S. 10 und Ballerstedt, Bericht DJT, S. 53: in der steuerrechtlichen Kennzeichnung liege eine gesellschaftsrechtlich nicht zulässige Vereinfachung.

55) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht II, 6. Aufl. 1957, S. 913, Anm. 105, Fitting, BArbBl 56, 499f, Gessler, BB 56, 626f

56) A.A. (nur mittels Vertrag) Pleyer, AG 59, 9, v. Wallis, AG 57, 99, Meise, aaO, S. 19

57) In der Praxis der Mitbestimmung hat man sich denn auch entsprechend beholfen. Nach h.A. genügt stillschweigende Vereinbarung (vgl. die in Anm. 55 angegeb. Zit.) Eine solche - in Form eines Geschäftsführungsverhältnisses - kann man bei satzungsmäßig begründeten Organschaftsverhältnissen regelmässig und notfalls mit Hamburger, aaO, S. 275 selbst bei nur faktischer Konzernmacht annehmen.

58) Serick, Durchgriffsprobleme bei Vertragsstörungen, unter Berücksichtigung von Organschafts- und Konzernverhältnissen, JStG Karlsruhe, Heft 42 (1959), S. 10, ebenso Schütze, Die Tochtergesellschaft, S. 35f.

59) aaO, S. 1, 16, 19

und Gewinnüberführung). Andere Autoren[60] definieren für das Zivilrecht zwar selbständig, lehnen sich aber eng ans Steuerrecht an. So verlangen von WALLIS und RASCH finanzielle, wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung im steuerrechtlichen Sinn, ergänzt durch die Kriterien rechtsgeschäftlich vereinbarte Weisungsbindung und Ergebnisübernahme bzw. Handeln auf fremde Rechnung. Verworfen wird das dreifache Eingliederungsmerkmal des Steuerrechts von ERLINGHAGEN.[61] Streng zivilrechtlich definiert er im unmittelbaren Anschluß an HAMBURGER[62] Organgesellschaft als "Gesellschaft, die im eigenen Namen kaufmännische[63] Geschäfte tatigt, im Innenverhältnis aber nach Weisung und im fremden Interesse handelt". Beide Autoren halten eine unmittelbare Ergebnisüberführung, sei es kraft unmittelbaren Handelns auf fremde Rechnung oder durch Abführung des Gesamtergebnisses, nicht für begriffswesentlich.[64]

Die HAMBURGERsche Definition erscheint einerseits etwas eng (nur Geschäftsführungsverhältnisse und Handeln im eigenen Namen), andrerseits - verursacht durch die völlige Loslösung vom Steuerrecht - etwas zu weit, indem bei Geschäftsführungsverhältnissen normale Abhangigkeit und Organschaft stets zusammenfallen.[65] Organschaft aber soll doch einen Fall besonders enger bzw. spezifisch gearteter Abhängigkeit erfassen. Hier bietet sich zur begrifflichen Einschränkung die schon von der Bezeichnung her naheliegende "Organ"-Auffassung an. Sie wird u.a. von NÄGELI[66] vertreten. Bei ihr wird der Organgesellschaft eine wirtschaftlich selbständige Lebensfähigkeit nicht zugesprochen. Sie hat danach "nur solange Lebensberechtigung, als der Körper lebt, dem sie dient". Ihre Existenz ist faktisch voll

---

60) Nägeli II, S. 330f, 340, v. Wallis, AG 57, 99, Rasch, aaO, S. 83

61) aaO, S. 6f 62) aaO, S. 272

63) Dabei wird man wohl unterstellen dürfen, daß bei "kaufmännisch" nicht an die enge Auffassung i.S.v. § 59 HGB gedacht ist, sondern an §§ 1ff HGB, obwohl weder Hamburger noch Erlinghagen noch Rasch, aaO, S. 83, der dieses Moment auch verwendet, Ausführungen dazu machen.

64) Bei der steuerrechtlichen Organschaft postuliert Schultze-Schlutius, aaO, S. 48, 98, das Tätigwerden auf Rechnung der Obergesellschaft bzw. Ergebnisausschluß dagegen als notwendige Voraussetzung. Damit steht er jedoch im Gegensatz zu den gesetzlichen Bestimmungen des UStG und GewStG und zur Rspr. des BFH, die er aber für unvereinbar mit dem grundsätzlichen System der Organschaft hält.

65) "Normal abhängige Gesellschaft" ist heute gleichbedeutend mit "Tochtergesellschaft"; anders noch Nägeli II, S. 344.

66) aaO, II, S. 343; ferner Brandi, Die zivilrechtliche Stellung der Organgesellschaft, S. 5ff, Schön, Werner, Konzerngesellschaft und abhängige Gesellschaft, S. 28.

und teilweise auch rechtlich[67] vom Vorhandensein der h.P. abhängig.

Die Verbindung von HAMBURGERs Definition (als Grundlage) mit der Organ-Auffassung (als Wiedereinschränkung) scheint zunächst die günstigste Definitionsbasis abzugeben. Es ist jedoch zu bedenken, daß jedenfalls der Organschafts v e r t r a g zum Organschaftstatbestand führen muß, auch wenn Organschaft noch auf andere Weise herbeigeführt werden kann. Für den OrganschaftsV haben wir oben die generellen Kriterien Weisungsunterstellung und Ergebnisübernahme übernommen. Daraus folgt, daß eine Gesellschaft durch den Abschluß eines OrganschaftsVes nicht notwendig "Organ"-Gesellschaft i.e.S., d.h. "existentiell abhängige" Geschäftsführungs-, Syndikats- oder ähnliche Gesellschaft wird. Der Begriff des OrganschaftsVes darf aber nicht weiter sein als derjenige der Organschaft. Daher muß für letztere die einschränkende "Organ"-Auffassung fallen gelassen werden. N u r Zusammenschlüsse kraft OrganschaftsVes zur zivilrechtlichen Organschaft führen zu lassen - an und für sich am einleuchtendsten - würde den Organschaftsbegriff sogar gegenüber § 1, II MitbestErgG (Vereinbarungsverhältnisse schlechthin) noch einengen und damit zu sehr begrenzen. Der OrganschaftsV ist nur e i n , wenn auch das "klassische" Mittel zur Herbeiführung der Organschaft.

Auf eine weitere Erörterung des zivilrechtlichen Begriffs des Organschaftstatbestandes soll hier verzichtet werden, insbesondere auch auf die Frage, ob man nicht zusätzlich zu HAMBURGER Handeln auf fremde Rechnung[68] bzw. Gesamtergebnisübernahme fordern sollte.[69] Denn uns geht es in erster Linie um die Erfassung des

---

67) AG: vgl. § 203, I Z. 1 und II AktG; GmbH: § 60, I Z. 1 und II GmbHG. Vorausgesetzt wird dabei, daß es zulässig ist, die zeitliche Dauer an das Vorhandensein einer anderen j.P. zu knüpfen. Das ist indes zu bejahen, da der auf die h.P. bezügliche Handelsregistereintrag jederzeit Auskunft über den Eintritt der auflösenden Bedingung gibt. Ferner wird die abh. Ges. regelmässig schon durch ihren satzungsmäßigen Zweck als Hilfsgesellschaft der h.P. ausgewiesen sein. Daraus folgt, daß die für die Publizitätsempfänger bestehende Unsicherheit über den Auflösungszeitpunkt nicht größer ist als sonst auch (Mögl. gerichtl. Auflösung, oder durch Gesellschaftsbeschluß bei der GmbH, durch Konkurs, etc.). Bei OHG (und KG) wird außer § 131 Z. 1 HGB noch Z. 4 eingreifen (Auflösung einer j.P., die Gesellschafterin ist, als "Tod" i.S. dieser Bestimmung), bei der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft § 726 BGB (Unmöglichkeit der Zweckerreichung).

68) wie Rasch, Konzernrecht, S. 83

69) Diese Gesamt- oder Einzelergebnisübernahme ist es ja i.d.R., die zur Beurteilung einer "Fremdinteressenwahrnehmung" führt. Bei Handeln auf eigene Rechnung ist dagegen das Handeln in fremdem Interesse schwer feststellbar. Auch insofern bestehen gegen Hamburgers Definition Bedenken, weil sie bei der praktischen Anwendung zu Unklarheiten führen kann.

Organschafts v e r t r a g e s. Schließt man sich HAMBURGERs Definition der Organgesellschaft an, so werden bei vertraglicher Abhängigkeit die Fälle des GFVes meist zur Organschaft führen, Verpachtung und Betriebsüberlassung zur "normalen" Abhängigkeit. Hingegen erfaßt der steuerrechtliche Organschaftsbegriff, der wirtschaftlichen Erfolgsgleichheit dieser Gestaltungen Rechnung tragend, in der Regel beide. Diese Ungereimtheit, ferner die Tatsache, daß sich aktienrechtlich an die Organschaft keine Rechtsfolgen knüpfen, die nicht schon bei jeder sonst abhängigen Gesellschaft auch eintreten, mag denjenigen Recht geben, die an der Berechtigung einer eigenen zivilrechtlichen Begriffsbildung für die Organschaft überhaupt zweifeln.

cc) Der OrganschaftsV findet sich der äußeren Form nach im Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag des § 280 E. Nach geltendem Recht fällt die Gewinnabführungsvereinbarung unter die "Gewinngemeinschaft" des § 256, I AktG.[70] Die reine Weisungsunterstellung ist weder in Abs. 1 noch Abs. 2 des § 256 geregelt. Insbesondere deckt sich der OrganschaftsV nicht mit dem letzten Typus des § 256, II, den der E als "Geschäftsführungsvertrag" bezeichnet.[71]

b) Pacht- und Betriebsüberlassungsverträge.

aa) Als Nutzungsüberlassungsvertrag ist der Pachtvertrag (PachtV) ein gebräuchliches Mittel der Konzerneingliederung. Verpachtet werden können Betriebe oder Unternehmen.[72] Verpachtung eines von mehreren Betrieben wird i.d.R. Betriebsverpachtung, Verpachtung aller Betriebe bzw. des einzigen Betriebs der Gesellschaft Unternehmensverpachtung sein. Im Rahmen der Unternehmensverbindungen interessiert hier grundsätzlich nur die letztere, doch kann sich auch die Verpachtung des größten und wesentlichsten Betriebes als UV darstellen.[73]

Das verpachtete Unternehmen, von der Pächtergesellschaft im eigenen Namen und auf eigene Rechnung geführt, wird wirtschaftlich und organisatorisch in das Pächterunternehmen eingefügt. Die Pächterin, meist Großaktionärin, bezahlt

---

70) Rasch, Konzernrecht, S. 82, Baumbach-Hueck, AktG, § 256 Anm. A2

71) Das ist auch die Auffassung des E, vgl. Begr. zu § 281; der GFV fordert danach namentlich eine Gegenleistung. Etwas mißverständlich Rasch, aaO, S. 82. Möglich ist, daß ein GFV zur Organschaft führt und bezüglich des Geschäftsergebnisses wird wirtschaftlich dasselbe erreicht; identisch mit dem OrganschaftsV ist der GFV deshalb nicht. Denn, unabhängig von der Gegenleistungsfrage, muß rechtlich unterschieden werden zwischen Handeln auf fremde Rechnung und Handeln auf eigene Rechnung mit Ergebnisüberführung. A.A. aber Baumbach-Hueck, AktG, § 256 Anm. B.

72) Friedländer, Konzernrecht, S. 105; abw. Liefmann, aaO, S. 267: nur der Betrieb.

73) vgl. unten § 8 II 4

ein festes Entgelt, i.d.R. garantiert sie eine Mindesdividende ("Konzerninterner PachtV"[74]). Das Schwergewicht des Vertrags liegt in der Ausgestaltung des Verhältnisses Pächterin - außenstehende Aktionäre, nicht Pächterin - Verpächterin.[75]

bb) Der Betriebsüberlassungsvertrag (BÜV) (i.e.S.) bezweckt den wirtschaftlichen Erfolg der Pacht. Es liegt aber ein Fall der Innenpacht vor; die Pächterin führt das Unternehmen zwar auf eigene Rechnung, jedoch mittels einer Generalvollmacht im Namen der Verpächterin.[76] Zur Konzerneingliederung wird er bevorzugt verwendet, da er als Typ sui generis keine Substanzerhaltungs- bzw. Rückgabepflicht beinhaltet wie die Pacht.[77] Öfters werden Pacht- und BÜVe (i.e.S.) als BÜVe i.w.S. bezeichnet.[78] Denn Betriebsführung durch Dritte und auf deren Rechnung ist ihnen gemeinsam.

cc) Pacht- und BÜVe sind in § 256, II AktG und § 281, I Z. 3 E erfaßt.

c) Geschäftsführungs-, Betriebsführungs-, Gestions-, Indienststellungsverträge. Hier bestehen eine Fülle begrifflicher Differenzen.[79] Unter Beachtung der Bezeichnung "Geschäftsführungsvertrag" für den Typ des § 281, I Z. 4 E bietet sich folgende Abgrenzung an:

aa) Der Geschäftsführungsvertrag (GFV) ist ein Vertrag, durch den eine Gesellschaft es übernimmt, ihr Unternehmen im eigenen Namen für Rechnung eines anderen und (damit) nach dessen Weisungen zu führen.[80] Die herkömmliche Bezeichnung

---

74) Mestmäcker, aaO, S. 317

75) Mestmäcker, aaO, S. 317, 319; vgl. auch S. 324

76) so die herrschende Begriffsbildung, Mestmäcker, aaO, S. 319, Friedländer, Konzernrecht, S. 101f, Rasch, Konzernrecht, S. 62, Haußmann, Grundlegung, S. 113, Schlegelberger-Quass., § 256 Anm. 9, Würdinger, Aktienrecht, S. 202 (anders noch in DB 58, 1447); abw. Bauer, aaO, S. 233ff.

77) Mestmäcker, aaO, S. 319

78) Rasch, Konzernrecht, S. 83, Klingler, Unternehmenspacht S. 29, Starke, Einwirkungen Dritter auf das gesellschaftliche Leben einer Handelsgesellschaft, mit besonderer Berücksichtigung des Betriebsüberlassungsvertrages, S. 5, Hollaender, KR 1931, 758. Vgl. auch § 256, II AktG: "verpachtet oder sonst überläßt".

79) Die 4 Modalitäten Namen, Rechnung, Betriebsführung, Willensbildung (Weisung) ergäben bei wechselnder Kopplung eine Fülle theoretischer Gestaltungsmöglichkeiten. Berücksichtigt werden nur die Regelverbindungen der Praxis.

80) Ganz ungebräuchlich ist die Gestaltung, daß eine Gesellschaft es vertraglich übernimmt, ihr Unternehmen in fremdem Namen auf fremde Rechnung zu führen, wofür Würdinger in DB 58, 1447 die Bezeichnung "Betriebsführungsvertrag" verwenden wollte. Eine eigene Begriffsbildung ist hierfür unnötig. Im Bedarfsfalle ist diese Modalität unter die BÜVe zu rechnen.

"Betriebsführungsvertrag" (BFV) für diese Gestaltung[81] ist irreführend. Vom Standpunkt der Untergesellschaft aus wurde dieser Vertrag früher auch als "Indienststellungsvertrag" bezeichnet.[82] Der Gestionsvertrag ist als Synonym zum GFV zu betrachten.[83]

bb) Beim Betriebsführungsvertrag (auch Verwaltungsvertrag genannt) sind zwei Formen zu unterscheiden.[84] Die hier interessierende dient der Konzerneingliederung. Die meist schon als Großaktionärin herrschende Gesellschaft übernimmt vertraglich gegen Entgelt die Führung des Unternehmens[85] der Untergesellschaft in deren Namen und auf deren Rechnung.[86] Auch für diesen Vertragstyp findet sich, wie oben für den Geschäftsführungsvertrag, in der älteren Terminologie teilweise die Benennung "Indienststellungsvertrag", abhebend auf die Sicht der Untergesellschaft.[87] "Betriebsführungsvertrag" und "Indienststellungsvertrag" korrespondierten somit, deckten aber jeweils zwei heute unterschiedene Fälle.

cc) Der GFV ist in § 256, II AktG und im E ausdrücklich erwähnt, der BFV ist jeweils unter die BÜVe zu rechnen.[88]

Insgesamt: BÜVe und BFVe erfassen die Betriebsführung durch Dritte im Gegensatz zum GFV mit eigener Führung. Der BÜV unterscheidet sich vom BFV durch das

---

81) Rasch, Konzernrecht, S. 63, Baumbach-Hueck, AktG, § 256, Anm. Bb, Hamburger, RVergl. HWB, Bd. V, S. 232; Bauer, aaO, S. 235, bezeichnet ihn als "Arbeitsvertrag".

82) Haußmann, Grundlegung, S. 114, Schlegelberger-Quass., § 15, Anm. 18; noch heute: Würdinger, Aktienrecht, S. 204, Hollaender KR 1931, 763, erfaßt unter der Bezeichnung "Indienststellungsvertrag" auch reine Dienstverträge, ferner Werk-, Werklieferungs- und Kaufverträge, die die ganze Produktion auf ein bestimmtes Unternehmen hin ausrichten, das Gesamtabnehmer ist, und wodurch ein ähnliches wirtschaftliches Ergebnis erreicht wird wie bei der Geschäftsbesorgung.

83) Höchstens könnte man ihn wie Bauer, aaO, S. 235ff, als Unterfall auffassen, etwa auf Verträge mit typischen Geschäftsführungsgesellschaften beschränkten.

84) vgl. Mestmäcker, aaO, S. 320

85) deshalb im Grunde genauer: U n t e r n e h m e n s führungsV.

86) Sollte der Fall vorkommen "im e i g e n e n Namen auf deren Rechnung" (vgl. Rasch, Konzernrecht, S. 62), so ist auch dies ein BFV. Der entscheidende Unterschied zum BÜV i.uns. S. liegt im Handeln auf Rechnung der Eigentümergesellschaft; das Namenselement ist zweitrangig. Wie hier Mestmäcker, aaO, S. 320.

87) Rasch, Konzernrecht, S. 63

88) Rasch, aaO, S. 62 u. 63

Handeln auf Rechnung des Dritten bzw. der Eigentümergesellschaft.[89]

II) Sonstige Unternehmensverträge.

1) Ein UV ist auch der "konzernexterne" PachtV,[90] weil er zur Verrentung führt. Er wird i.d.R. zwischen unabhängigen Partnern geschlossen und enthält meist bis ins Einzelne gehende vertragliche Absprachen. Dem Pächter wird nur eine bestimmte, genau umrissene Bewegungsfreiheit gegeben; er hat die "bisherige Handhabung durch den Verpächter" zu berücksichtigen. Einen Schwerpunkt bildet die Investitions- und Kontrollrechteregelung.[91]

2) Grenzfälle und Abgrenzungskriterien.

Jede Gesellschaft steht in einer Fülle vertraglicher Bindungen des verschiedensten Charakters. Man denke neben den Umsatzgeschäften nur an Arbeits-, Tarif-, Kredit-, Versicherungs- und wettbewerbsrechtliche Verträge. Viele bedürfen "der Natur der Sache nach" keiner ausdrücklichen Abgrenzung zu den UVen. Andere zeigen Berührungspunkte und müssen gesondert werden.

a) Abgrenzung zu den Umsatzgeschäften.
Die Umsatzgeschäfte stehen als "strukturneutrale" Geschäfte des täglichen Lebens im begrifflichen Gegensatz zu den UVen. Sie kommen bei jeder Strukturart, (d.h. bei abh. und h.Gesellschaften) vor und beeinflussen diese Struktur nicht. Sie dienen der Gewinnerzielung und nicht der Gewinnverlagerung[92] und enthalten keine Vereinbarung über Eingriffe in die Verwaltungszuständigkeit der Gesellschaft. Sie werden mit einem Dritten abgeschlossen, der der Gesellschaft als nur an deren Produkt interessierter Kunde gegenübertritt, während der UV-Partner am Unternehmen der Gesellschaft als solchem Interesse hat. Zurechnungsprobleme ergeben sich nur bei einigen Sonderfällen:

---

89) Möglich sind auch Kombinationen derart, daß ein PachtV und GFV nebeneinander herlaufen, vgl. Bauer, aaO, S. 228f (nicht zu verwechseln mit Würdingers Versuchen - Aktienrecht, S. 301ff-, einen einheitlichen Vertrag mit den gesetzlichen Elementen von Pacht- und Auftrag je teilweise zu erfassen).

90) wie man ihn in Anlehnung an Mestmäckers (aaO, S. 317) Formulierung konzerninterner PachtV" für den Gegentyp bezeichnen kann.

91) vgl. insbesondere den Vertrag Nr. 2 bei Haußmann, Praxis, S. 113ff

92) anders aber bei verdeckter Gewinnausschüttung; doch nehmen sie auch da nicht den Charakter von UVen an, da sie keine Dauer- und Grundsatzvereinbarung über eine bestimmte Gewinnabführung beinhalten.

aa) Die sog. langfristigen Lieferverträge sind noch als Umsatzgeschäfte anzusehen, wenn auch als solche qualifizierter Natur. Es handelt sich nur um eine auch im eigenen Interesse erfolgende Intensivierung der normalen Kunden- und Marktabhangigkeit jedes Unternehmens. Die eingetretene Bindung bleibt im Rahmen der unternehmerischen Vereinbarung, die strukturneutral sind. Dasselbe gilt von Spezifikationsklauseln. Ein Grenzfall mag eintreten, wenn die Konzernobergesellschaft (alleiniger) Kunde ist, der langfristige Liefervertrag in Wirklichkeit als Ausfluß ihres Einwirkungsvermögens erscheint und durch ihn die Produktionsgestaltung der abh. Ges. auf Jahre hinaus festgelegt wird.

bb) Zweifelhaft ist die Einordnung des sog. Lohnverarbeitungsvertrages. FRIEDLÄNDER,[33] auf den dieser Begriff zurückzuführen ist, hat dabei typische Konzerngestaltungen im Auge, bei denen Verträge mit kapitalarmen Untergesellschaften geschlossen werden, die dann die Rohstoffe nicht selbst beschaffen müssen. Zu Recht meint HAUSSMANN,[34] in diesen Fällen handle es sich um Indienststellungsverträge (GFVe) und eine eigene Begriffsbildung sei entbehrlich. Hier sollen deshalb, ähnlich wie bei LIEFMANN,[35] solche Verträge als Lohnverarbeitungsverträge aufgefaßt werden, bei denen sich eine Gesellschaft, die im eigenen Namen und auf eigene Rechnung arbeitet, verpflichtet, fortan nur noch für ein bestimmtes andres Unternehmen tatig zu sein, bei festem Einzel- oder Stückentgelt.[36] Dieser Vertragstypus wird des öfteren bei kleineren Zubehörfirmen vorkommen, die sich an ein Großunternehmen anlehnen, an deren Eingliederung dieses aber kein Interesse hat.[37] Die Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkvertrag kann hier schwierig sein, beeinflußt jedoch die Entscheidung über die Annahme eines UVs nicht. Ein solcher liegt i.d.R. nicht vor, weil die Gesellschaft nach wie vor auf eigene Rechnung wirtschaftet und ihre innere betriebliche Organisation weisungsunabhängig bleibt.[38] Die evtl. mögliche genaue Berechenbarkeit der künftigen Ge-

---

93) JW 1923, 212 ("Verarbeitungs- und Veredelungsverträge")

94) Grundlegung, S. 114. In Übereinstimmung damit stellt sich sein sog. Lohnverarbeitungs- und KommissionsV in Praxis, S. 130f (Nr. 8) in Wirklichkeit als GFV dar, der zur Organschaft führt. Wie Haußmann auch Hollaender, KR 1931, 764f.

95) aaO, S. 269

96) vgl. den von Würdinger, 42. DJT, Disk. F 91, vorgetragenen Bugsier-Reederei-Fall. Der Ausschließlichkeitsvertrag mit der Großreederei ist mit Würdinger rein schuldrechtlich zu erfassen. Es liegt kein UV vor.

97) richtig Liefmann: es handle sich um keine Konzernverträge. Zust. Maurer, aaO, S. 76.

98) A.A. Hollaender, KR 1931, 763 (vgl. oben Anm. 83), der auch diese Verträge noch als IndienststellungsVe auffaßt. Wie hier aber Würdinger, Aktienrecht, S. 196.

winne kann mit einer Verrentung nicht gleichgesetzt werden. Anders müßte wohl entschieden werden, wenn bei einer beherrschten Gesellschaft der "Lohn" im wesentlichen nur noch zur Deckung der Geschäftsunkosten ausreichte. [99]

b) Abgrenzung zu sonstigen Verträgen mit Begründung von Fremdeinfluß.
Es kann durchaus vorkommen, daß gesellschaftsfremden Dritten Einfluß auf die Unternehmensleitung gewährt wird, ohne daß damit ein UV bejaht werden muß. Denn dieser setzt eine Unternehmenszusammenfassung und den Eintritt einer Strukturänderung voraus.

aa) So stellt der Betriebsführungsvertrag i.S. des Verwaltungs- und Treuhandvertrages, [100] bei dem eine nicht hinreichend sachverständige Unternehmensleitung die Betriebsführung gegen Entgelt einem anderen, geschäftskundigeren Unternehmen überträgt, als normaler entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB) keinen UV dar, obwohl er auch kein Umsatzgeschäft im üblichen Sinne ist. Voraussetzung ist, daß die betriebsführende Gesellschaft lediglich Interesse am Entgelt hat, nicht jedoch an der Geschäftstätigkeit ihrer auftraggebenden Gesellschaft. [101] Eine Gewinnabhängigkeit des Entgelts ändert hieran nichts. Es liegt dann lediglich ein partiarisches Verhältnis vor. Dient die Betriebsführung dagegen der Konzerneingliederung, handelt es sich - wie oben geschildert wurde - um einen UV.

bb) HOLLAENDER[102] wollte auch Darlehensverträge mit erheblichen Kontrollrechten und Beeinflussung der Geschäftsführung als UVe ("obligatorische Beherrschungsverträge") auffassen. Hier müssen aber normaler Schuldvertrag (Darlehen) und organisatorische Einzelregelungen unterschieden werden. Eine Unternehmenszusammenfassung liegt in beidem, weder einzeln noch zusammen, nicht und ist auch nicht beabsichtigt.

c) Abgrenzung zu wettbewerbsbeschränkenden Abreden.

UV und wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung sind in der bisherigen Rechtslehre beziehungslos nebeneinandergestellt worden. Vor allem unter Geltung des GWB dürfte sich aber in naher Zukunft das allgemeine Interesse auf die Klärung von Zusammenhängen zwischen diesen Begriffen lenken. Während es uns dabei um die Frage

---

99) im Ergebnis wie hier Würdinger, aaO, S. 204 und in Schmidt-Festschrift, S. 284 am Beispiel des Dienstvertrages einer Transportgesellschaft.

100) so Hollaender, KR 1931, 761

101) Ein gewisses zusätzliches Interesse an Teil- oder Nebenergebnissen der Geschäftstätigkeit des zu führenden Unternehmens ändert hieran noch nichts, besonders wenn es sich um einen Nebenbetrieb der auftraggebenden Gesellschaft handelt; vgl. hierzu den instruktiven Vertrag Nr. 5 bei Haußmann, Praxis, S. 120ff.

102) aaO, S. 765

geht, wann wettbewerbsbeschränkende Abreden den Schluß auf das Vorliegen eines UVes zulassen, versucht das Wettbewerbsrecht umgekehrt, die in jedem UV enthaltene Wettbewerbsbeschränkung zu erfassen. Daß es bei diesem Bemühen über Ansätze noch nicht hinausgekommen ist, mag ein kleiner Exkurs beleuchten. Das GWB etwa bietet nur geringe Anhaltspunkte. § 1 mit seinem Erfordernis des "gemeinsamen Zweckes" scheint nur koordinierende UVe, also die IG, erfassen zu können; von den subordinierenden UVen ist nur der Abschluß von BÜVen (i.w.S.) und BFVen in § 23, 2 Z. 4 unter den dort genannten Voraussetzungen zum Zwecke der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen anmeldepflichtig gemacht worden. Nachdem sich, wie allgemein bekannt, in der Praxis des BKA die in den §§ 22ff GWB getroffene Regelung gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen als wirkungslos erwiesen hat, taucht nun die Frage auf, ob man nicht subordinierende UVe über § 23 hinaus durch § 1 erfassen kann und von dort her eine wirksamere Handhabe gegen die Marktbeherrschung durch Großunternehmen erlangen kann. Erforderlich wäre hierzu eine extensive Auslegung des Begriffs "gemeinsamer Zweck". Damit kehrte man aber zu der unter Geltung der KartellVO bestehenden Streitfrage zurück, ob auch ein "gesellschaftsähnliches Verhältnis" die Annahme eines Kartells rechtfertigen kann. Das RG und das Kartellgericht haben sich damals dagegen ausgesprochen,[103] der Gesetzgeber des GWB hat sich dieser Auffassung offenbar anschließen wollen. Entsprechend herrschte bisher die Meinung vor, daß § 1 GWB ein Gesellschaftsverhältnis i.S.v. §§ 705ff BGB verlangt.[104] Es hinderte jedoch nichts, von dieser Auffassung wieder abzugehen. Einer Auslegung, daß eine Unternehmenszusammenfassung, wie sie durch Konzerneingliederung erfolgt, einem "gemeinsamen Zweck i.w.S." der beteiligten Unternehmen entspricht, ist durchaus vertretbar. Das Bundeskartellamt hat das Problem denn auch wieder aufgegriffen (vgl. den Fall des Zusammenschlusses von sieben Fischgroßhandelsunternehmen zur Kieler Fischgroßhandels-GmbH u. Co KG[105]), brauchte aber infolge Erledigung der Hauptsache nicht abschließend Stellung zu nehmen.[106, 107]

---

103) vgl. bei Müller-Henneberg-Schwartz, GWB, Köln 1958, Anm. 1 vor § 1

104) vgl. nur Müller-Henneberg-Schwartz, aaO, Rasch, Wettbewerbsbeschränkungen, 2. Aufl. 1958, § 1 Anm. 6

105) Tätigkeitsbericht des BKA 1959, Drucksache Nr. 1795 des DBT, 3. Wahlperiode, S. 26f

106) Tätigkeitsbericht des BKA 1961, Drucksache Nr. IV/378 des DBT, S. 52f

107) Angemerkt sei, daß das französische Recht keine Bedenken hat, auf UVe die "legislation anti-trust" anzuwenden; vgl. schon Cass. Req. vom 12.7.1892, S. 1894.1.333, sowie die Stellungnahme der Commission Technique des Ententes (s. den in der Einleitung a.E. zit. Art. des Verf.).

Eine zweite Möglichkeit wäre, die (subordinierenden) UVe daraufhin zu prüfen, ob sie nicht bei entsprechender Auslegung - evtl. generell - zu den vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen der §§ 15ff GWB gerechnet werden könnten. Die Frage ist in dieser Form, soweit ersichtlich, noch nicht gestellt worden. Ebenso ungeklärt, ja praktisch unerörtert ist die uns beschäftigende umgekehrte Problematik, ob Wettbewerbsabreden den Charakter eines UVes haben können. Grundsätzlich muß die Frage verneint werden. Ein UV führt wohl zu Wettbewerbsbeschränkungen, nicht aber gilt die Umkehrung. Ob eine vom Motiv der Wettbewerbsbeschränkung getragene oder ausdrücklich als solche sich darstellende Vertragsklausel, welche die Entscheidungsfreiheit des Vorstands einengt, zugleich den Vertrag zum UV stempelt, richtet sich ausschließlich nach dem objektiven Eingriffssachverhalt. Dieser wird aber selten so weitreichend sein, daß ein UV bejaht werden muß. Typischerweise pflegen wettbewerbsbeschränkende Abreden nicht unternehmensvertraglicher, d.h. konzerneingliedernder oder sonst strukturändernder Natur zu sein. Das Kartell begründet regelmäßig keinen IG-Konzern, eine vertikale Wettbewerbsbeschränkung stellt normalerweise keinen subordinierenden UV dar.[108]

---

108) vgl. aber den Grenzfall der Hansa-Schokoladenfabrik-AG bei Haußmann, Praxis, S. 126ff

§ 2 Der Unternehmensvertrag als herkömmliches Mittel der rechtlichen Konzernorganisation.

A. Beteiligung, Satzung, Vertrag als die drei theoretisch möglichen Grundlagen der Konzernmacht.

I) Das HAUSSMANNsche System der Zweiteilung nach dinglicher und obligatorischer Zuordnung.

Nach vorausgegangenen ersten Versuchen von allem FLECHTHEIMs, TSCHIERSCHKYs, FRIEDLÄNDERs und GEILERs,[1] das Recht der Unternehmenszusammenfassungen, also im wesentlichen Kartell- und Konzernrecht, zu systematisieren, stellte HAUSSMANN[2] unter privatrechtlichen Gesichtspunkten ein erstes umfassendes System auf, das u.a. bei den rechtlichen Mitteln der Zusammenfassung dingliche und obligatorische Formen unterscheidet. Zu den dinglichen rechnete er, sofern verschiedene j.Pen beteiligt sind, die Beteiligungen, zu den vertraglichen die oben geschilderten koordinierenden bzw. subordinierenden schuldrechtlichen Vertragstypen.[3]

II) Die grundlegenden Erkenntnisse KRONSTEINs.

KRONSTEINs theoretisches Standardwerk über die abh. j.P.[4] brachte eine Verfeinerung der Systematik bezüglich der Eingliederung einer j.P. So hob KRONSTEIN als Charakteristikum der "dinglichen" Zusammenfassungsform der Beteiligung die "stimmenmäßige Beherrschung" hervor und lenkte den Blick vor allem auf die von ihm sogenannte "organisatorische Abhängigkeit", unter welcher er eine körperschaftliche Bindung mit Regelung im Statut verstand.[5] Unter Beibehaltung der vertragsmäßigen Abhängigkeit ergab sich somit eine Dreiteilung in Beteiligung, Satzung und Vertrag als Mitteln der Unternehmenszusammenfassung. Dieses System ist zu übernehmen;[6] es ist exakt und gilt für Koordinationsformen gleichermaßen.

Bei der organisatorischen Abhängigkeit unterscheidet KRONSTEIN,[7] ob die h.P. unmittelbare Rechte oder nur Reflexrechte aus der Satzung erlangt. Im ersteren

---

1) vgl. Haußmann, Grundlegung, S. 61ff 2) aaO, S. 106ff 3) aaO, S. 139f

4) Kronstein, Die abh. j.P., 1931. Vgl. auch die Besprechung durch Müller, ZBH 1931, 226ff.

5) aaO, S. 7f. Zu beachten ist der begriffliche Unterschied zur "organisatorischen Eingliederung" des Steuerrechts, welche im wesentlichen personelle Verflechtung beinhaltet.

6) Nägeli II, S. 448, Frankenberg, Die konzernmäßige Abhängigkeit, S. 43ff

7) aaO, S. 9ff

Fall kann sie unmittelbare Einflußrechte ("Organschaftsrechte") erlangen, nämlich auf die Organbestellung, auf die Willensbildung und auf die Gewinnberechnung und -verteilung, oder unmittelbare Gewinnbeteiligungsrechte ("Wertrechte"), im zweiten Fall ist der Gegenstand der abh. Gesellschaft auf den Dienst zugunsten der h.P. beschränkt; ihre Geschäftstätigkeit kommt also notwendig dieser zugute. Die unmittelbaren Rechte können (mitgliedschaftliche) Sonderrechte oder Fremdrechte sein.[8] Von den in KRONSTEINs Arbeit im übrigen theoretisch vollständig entwickelten Einzelausgestaltungsmöglichkeiten der organisatorischen Abhängigkeit sind nach Erlaß des AktG 1937 infolge der weitgehend zwingenden Struktur der AG eine Vielzahl unzulässig geworden.

III) Das Zurücktreten der Beteiligung bei der rechtssystematischen Betrachtung.

Beteiligung, oder anders ausgedrückt, Stimmenmacht, gewährt zwar kraft Gesetzes Einflußmöglichkeit, ist aber kein spezifisches rechtliches Mittel der Konzernorganisation. Sie ist regelmäßig Grundlage und Voraussetzung zur Herbeiführung einer organisatorischen oder vertragsmäßigen Bindung. Für sich allein begründet sie nur faktische Konzernmacht. Bei unserer rechtssystematischen Betrachtung soll sie deshalb außer Acht gelassen werden. Unter den Mitteln der "rechtlichen Konzernorganisation" werden hier nur Vertrag und Satzung verstanden.

B. Die Benutzung der drei Organisationsformen in der Praxis.

I) Die Beteiligung als regelmäßige Grundlage der rechtlichen Konzernorganisation.

In der Konzernpraxis liegen organisatorischer oder vertragsmäßiger Unternehmensverknüpfung in aller Regel Beteiligungsverhältnisse zugrunde.[9] Häufig wird 100%ige oder annähernd volle Beherrschung vorliegen, selten eine unter 50% liegende Beteiligung. So zeigt die Aufstellung von Organschaften bei ERLINGHAGEN[10] unter 32 Fällen nur 3 Fälle unter 50%, 3 weitere zwischen 50 und 75%, im übrigen 100% oder wenig darunter. Satzungsänderung bzw. das Erfordernis der Zustimmung der HV in § 256 AktG setzen eben i.d.R. mindestens 3/4 - Mehrheit voraus. Allgemein handelt es sich bei der starken Betonung der Beteiligung um eine dem deutschen Konzernwesen eigentümliche Erscheinung. Im angelsächsischen Rechtskreis und auch in Frankreich spielt dagegen die personelle Verflechtung (die "interlocking directorates" in USA "unions personelles" in Frankreich) eine ungleich größere Rolle.[11] In Deutschland ist letztere nur ein durch die Beteiligung ermöglichtes, unselbständiges Konzernierungsmittel.[12]

---

8) Letzteres ist in aller Regel gemeint, wenn von "organisatorischer" Abh. gesprochen wird, übrigens auch bei Kronstein. 9) Rasch, aaO, S. 40
10) aaO, Anlage A 11) Bühler, aaO, S. 250 12) Mestmäcker, aaO, S. 113

II) Die Bevorzugung des Vertrages bei der rechtlichen Konzernorganisation.

Soweit die Konzernorganisation verrechtlicht wird, ist die Verwendung des Vertrages völlig vorherrschend.[13] Das wird durch die zahlreichen in der Lit. angeführten Vertragsbeispiele bestätigt. Jüngst hat noch der OrganschaftsV, besonders die Gewinnabführungsvereinbarung, durch die neue Rechtsprechung des BFH eine verbreitetere Anwendung gefunden. Rein auf vertraglicher Grundlage beruhende Konzerne scheinen dagegen sehr selten zu sein.[14]

III) Das auffallende Zurücktreten der organisatorischen Abhängigkeit.

1) Unter Geltung des HGB-Aktienrechts mit seiner größeren satzungsmäßigen Gestaltungsfreiheit hatte die satzungsmäßige Konzernorganisation ungleich freiere Hand als heute gehabt. Tatsächlich war die organisatorische Abhängigkeit im Verhältnis zur vertraglichen jedoch erstaunlich wenig durchgeführt. Die Gründe mögen in der Publizität der Satzung liegen, doch wird zugleich ersichtlich, daß die systematische Frage nach der Fähigkeit des schuldrechtlichen Vertrages zur Begründung rechtlicher Konzernabhängigkeit anfangs überhaupt nicht erwogen wurde.

Bei Heranziehung der Satzungen der 689 im Jahre 1929 an der Berliner Börse zugelassenen AGen, d.h. fast aller der bedeutenderen damaligen deutschen AGen, läßt sich im einzelnen an Hand der Sammlung von FLECHTHEIM-WOLFF-SCHMULEWITZ[15] feststellen:

a) Unmittelbar Einfluß gewährende Organschaftsrechte i.S. der Terminologie KRONSTEINs sind höchst spärlich. So ist in einem Fall, bei der AG Gebhard u. Co., für das damals übliche Organ "Verwaltungsrat" bestimmt, daß es sich aus AR-Mitgliedern der eigenen und einer bestimmten anderen Gesellschaft zusammensetzen solle. Ebenso bestehen bei dieser Gesellschaft als einziger zwei weitere Organschaftsrechte: eine dritte Gesellschaft, die Seidenweberei W. Schroeder u. Co. AG, hat das Vorschlagsrecht für ein Vorstandsmitglied, und der Widerruf dieser Bestellung ist an die Zustimmung der vorschlagenden Gesellschaft gebunden. Die Bestellung

---

13) vgl. Mestmäcker, aaO, S. 117, Rasch, aaO, S. 62ff. Verfehlt Hecker, Peter, Die rechtlichen Grundformen der Konzernorganisation, S. 27ff, der auch bei faktischer Abhängigkeit immer ein stillschweigend begründetes Konzernvertragsverhältnis annehmen will. Wie Hecker aber auch Hamburger, aaO, S. 275, bezüglich der Organschaft.

14) Bühler, aaO, S. 304, trifft die Feststellung, daß die Steuer-Rspr. einen solchen Fall nicht aufweist.

15) Die Satzungen der deutschen AGen, 1929, Vgl. zum Folgenden insbes.: zu a) S. 121, 161, 203ff, 207ff, zu b) S. 35 - 37, 42 u. 110, zu c) S. 103ff.

von AR-Mitgliedern durch Dritte und Präsentationsrechte sind, da unzulässig nach HGB, nicht erwähnt. Häufiger geregelt ist die Teilnahme von Vorstandsmitgliedern an der Verwaltung anderer AGen, teils negativ als Verbot jeglicher Beteiligung, meist positiv als Gestattung der Annahme eines Vorstands- und/oder AR-Postens bei einer anderen Gesellschaft. Als schwächste Drittberechtigung kennt eine AG ein Teilnahmerecht Dritter an der GV nach Zulassung durch den Vorsitzenden, der in Zweifelsfällen einen Beschluß der GV herbeiführen kann. Im übrigen enthalten eine Reihe von Satzungen ausdrückliche Verbote der Teilnahme Dritter.

b) Unmittelbare Gewinn- und Wertrechte für Dritte sind nirgends ersichtlich. Auch soweit ein Rest des Reingewinns zur Verteilung übrigbleibt, ist in keiner Satzung von einer direkten Zuweisung an Dritte die Rede. Häufig bleibt es dem freien Ermessen der GV vorbehalten, was mit dem Reingewinn geschehen soll, oft ist dieses eingeschränkt (Verwendung für Rücklagen oder Abschreibungen, zu Wohlfahrtszwecken oder zu "besonderen Gesetzeszwecken"). Ausnahmsweise werden IGVe bei der Gewinnregelung erwähnt, aber offensichtlich lediglich klarstellend. Nur einige Sondervorteile zugunsten von Aktionären werden eingeräumt.

c) Bei Bestimmung des Gegenstandes des Unternehmens werden nur Beteiligungen und IGVe berücksichtigt (Zulässigkeit gemeinschaftlicher Geschäftsführung, gemeinschaftlichen Betriebes, wechselseitiger Beteiligung an den Geschäftsergebnissen). Die KRONSTEINschen Fälle der Beschränkung des Gegenstandes auf den Dienst zugunsten der h.P. sind also nicht zu finden. Das wird darauf zurückzuführen sein, daß es sich hierbei i.d.R. um kleinere, voll abhängige Einkaufs-, Verkaufs-, Geschäftsführungs- oder ähnliche Gesellschaften handelt, deren Aktien im Börsenverkehr nicht auftreten.

d) Als höchst wesentliche Erkenntnis ist vor allem auch festzuhalten, daß mit Ausnahme der unter a) erwähnten Organschaftsrechte bei der AG Gebhard u. Co. sämtliche drittbezogenen Bestimmungen abstrakt gefaßt sind, d.h. keine konkrete dritte Gesellschaft, keinen konkreten IGV, etc betreffen.

2) Für die Zeit nach Erlaß des AktG 1937 fehlt eine entsprechende Zusammenstellung. Sie hätte wohl auch wenig Sinn. Denn infolge der mindestens formal zwingenden Struktur der heutigen AG bleibt nach herrschender Auffassung für die organisatorische Abhängigkeit nahezu kein Raum. Das Bild der deutschen Gegenwartssatzungen, durch Musterformulare der deutschen Großbanken vorgezeichnet, ist daher weitgehend einheitlich und besagt wenig. Die aktienrechtliche Literatur lehnt mit bemerkenswerter Beharrlichkeit satzungsmäßige Konzerneinbeziehung ab, soweit sie über zulässige Gegenstandsbeschränkung i.S. KRONSTEINs, abstrakte Gegenstandserweiterung (Berechtigung zum Abschluß von Organschafts-, IG-, Pacht- und ähn-

lichen Verträgen) und gesetzlich vorgesehene Präsentationsrechte hinausgeht.[16] Bei der GmbH werden die Grenzen, der mehr dispositiven gesetzlichen Regelung entsprechend, weiter gezogen.[17] Trotzdem herrscht auch hier eine bei der sonstigen Konzernfreundlichkeit kaum verständliche Zurückhaltung hinsichtlich der organisatorischen Abhängigkeit. Als charakteristisch sei eine Wendung von SCHOLZ[18] angeführt, der wie die h.L., auch wenn das Recht zur Bestellung der Geschäftsführer satzungsmäßig einem Dritten übertragen worden ist, das Abberufungsrecht zumindest a u c h den Gesellschaftsorganen geben will, "da sonst der Dritte der Herr der Gesellschaft wäre". Das ist ja bei Konzerneingliederung gerade gewollt! So wird aus Schutzerwägungen heraus systemgerechte Konzernorganisation abgelehnt.

C. Der Dualismus Vertrag - Satzung im besonderen.

I) Die unsystematische Praxis.

---

16) AktG: Bestellung und Abberufung von Vorstand und AR sind zwingend geregelt. Das Entsendungsrecht des § 87 kann nur org. Abh. zu Mitgliedern begründen, also die hier i.d.R. nicht interessierende Form. Sonstige Organe, ein Verwaltungsrat oder Beirat etwa, können zwar gebildet werden und auch von Dritten bestellt werden, es bleibt ihnen aber im wesentlichen nur eine beratende Tätigkeit oder eine Unterstützung des AR bei der Überwachung; ein Eingriff in die jeweiligen Bereiche von Vorstand, AR und HV mit ihrer jeweils umfassenden Kompetenz ist unzulässig, Baumbach-Hueck, Anm. 1C vor § 70. Unmittelbare Weisungsrechte gegenüber dem Vorstand widersprechen § 70. Auch bei Gewinnberechnung und -verteilung bleibt kein Raum für org. Abh., §§ 125ff und 52 - 54. Die Satzung kann den Reingewinn oder einen Teil höchstens von der Verteilung ausschließen, § 52.

17) GmbH: Zugelassen wird Bestellung der Geschäftsführer, des fakultativen AR oder eines sonstigen Organs durch Dritte, Baumbach-Hueck, GmbHG, 9. Aufl. 1960, § 6 Anm. 3Ac, Scholz, 4. Aufl. 1959, § 38 Anm. 7, Hachenburg-Schmidt, 6. Aufl. 1959, § 52 Anm. 18 und 25, str. Auffallend aber die allgemeine Übereinstimmung, daß ungeachtet von Bestellungsrechten Dritter die Abberufung aus wichtigem Grund stets einem Gesellschaftsorgan zustehen müsse, Hachenburg-Schilling, § 35 Anm. 42b, Scholz, § 38 Anm. 7, Baumbach-Hueck, § 38 Anm. 2B unter Berufung auf das "Wesen der GmbH". Bei obligatorischem AR gilt zwar für ein sonstiges frei zu schaffendes Organ dasselbe wie für die AG, jedoch wird ein Entsendungsrecht auch für Dritte und bis zu 2/3 der Sitze teilweise für zulässig gehalten, Hachenburg-Schmidt, § 52 Anh. I Anm. 24, str. Die Weisungsgebundenheit der Geschäftsführer ist das Übliche, Scholz, § 38 Anm. 1ff; ein Weisungsrecht kann auch satzungsmäßig einem "Verwaltungsrat" zugesprochen werden, Hachenburg-Schmidt, § 52 Anh. I Anm. 12.

18) Scholz, § 38 Anm. 7; s. auch Anm. 17 (hier), insb. Baumbach-Hueck, aaO

Beobachtet man die wirtschaftsrechtliche Praxis, so läßt sich, zunächst rein äußerlich gesehen, bald eine Vernachlässigung systematischer Gesichtspunkte feststellen. Es erweist sich, besonders bei der GmbH, weniger bei der AG, als üblich, satzungsrechtliche und schuldrechtliche Abmachungen ohne klare Trennung in einer einheitlichen Urkunde zu verbinden.[19] Soweit der Gegenstand der Vereinbarung einen fakultativen Satzungsinhalt betrifft, erhebt sich spätestens bei einer Änderungsabsicht der Streit, ob eine Satzungsänderung erforderlich ist oder normalvertraglicher Konsens genügt. Auch der BGH[20] sah sich vor eine derartige Abgrenzungsfrage gestellt, brauchte jedoch keine generellen Kriterien aufzustellen. Bei der IG mit Doppelgesellschaft, bei der die Gesellschafter der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft i.d.R. zugleich solche der j.P. sind, zeigt sich die Vermischung besonders deutlich. So ist es üblich, IGV und GmbH-Statut zusammen aufzusetzen, wobei Statutpflichten, z.B. Nebenleistungspflichten, zugleich als gesellschaftsvertragliche Beitragsleistung i.S.v. § 705 BGB konstruiert sind. Oder es werden im Statut nur die Hauptlinien der IG festgelegt, die Präzisierung erfolgt in Separatverträgen zwischen der GmbH und den Gesellschaftern bzw. in einem Gesellschaftsvertrag nach §§ 705ff oder einer Geschäftsordnung (was dasselbe sein dürfte). Im letzteren Fall nimmt etwa NÄGELI[21] an, alle diese Vereinbarungen stellten in Wirklichkeit nur ergänzende Abmachungen zur Gesellschaftssatzung dar und erzeugten echte körperschaftliche Rechte und Pflichten. Es liege eine gewöhnliche Einheitsgesellschaft vor. Enthalte die Gesellschaftssatzung dagegen nur summarische Vorschriften und fänden sich die entscheidenden Präzisierungen in den sonstigen Abmachungen, handle es sich um eine Doppelgesellschaft. Wird zwischen der IG und der GmbH noch ein OrganschaftsV abgeschlossen, so ergibt sich ein sicherlich praktikabler, aber systematisch kaum genau aufzuschlüsselnder innerer Zusammenhang zwischen GmbH-Statut, Gesellschafts-Grundvertrag und OrganschaftsV.[22] Er reicht vom selbständigen bzw. ergänzenden Nebeneinander bis zur Überlagerung von schuldrechtlicher und satzungsmäßiger Regelung, wobei die letztere in der Form schlichter Parallele oder in der Weise durchgeführt werden kann, daß Grundsatz- und Präzisierungsbestimmungen jeweils verschiedener Rechtsnatur sind.

Diese Beobachtungen dürften den Schluß zulassen, daß den "Einheitsregelungen" in einer Urkunde und der genannten Überlagerung Unsicherheit über d.. körperschaftlichen und schuldvertraglichen Regelungsbereich zugrunde liegt - nicht verwunderlich bei der selbst in Gesetzgebung und Wissenschaft herrschenden systema-

---

19) Vgl. Fischer, Großk. AktG, § 16 Anm. 27, § 145 Anm. 3; bei der GmbH: Baumbach-Hueck, § 3 Anm. 1C und D und Anm. 10, ferner Üb vor § 53 Anm. 1B, Scholz, § 53 Anm. 3

20) BGHZ 18, 208, mit Anm. von Fischer in LM zu § 47 GmbHG Nr. 4

21) aaO, II, S. 300f

22) vgl. Nägeli, aaO, S. 452

tischen Unklarheit. Die äußerlich feststellbare Vernachlässigung der Systematik geht jedoch nicht nur auf eine innere Ungewißheit zurück. Stärker dürfte ins Gewicht fallen, daß die Praxis sich nicht weiter, als sie durch zwingendes Gesetzesrecht genötigt wird, bemüht, systematisch einwandfreie Regelungen zu treffen. Sie achtet nicht darauf, ob eine Bestimmung ihrem Wesen nach körperschaftlicher Natur oder aber schuldrechtlicher ist (wobei die Schwierigkeit der Abgrenzung nicht verkannt wird). Sie verfolgt eine "Systematik" der praktischen Zwecke, die nicht anerkannt werden kann. Ihre Kriterien sind Publizität, Anfechtungsmöglichkeit bei Satzungsregelung, Vertragsstrafe und Vertragshaftung. Vom gewünschten praktischen Ergebnis her wird rückwirkend die Rechtsnatur der zu treffenden Regelung bestimmt. Erscheint Vertragshaftung zweckmäßig, wird der Schuldvertrag gewählt, will man unmittelbare Verbindlichkeit für die Organe erreichen, greift man zur Satzungsregelung. Im Verlauf unserer Untersuchung wird sich zeigen, daß ohne eine scharfe Trennung, welche Regelung zu welchem Bereich, insbesondere wozu der UV gehört, eine Bestimmung der Rechtsnatur der UVe nicht getroffen werden kann.

II) Der Widerspruch des Systemgefühls.

An systematischen Ansätzen hat es indes in der Literatur nicht gefehlt. Den Anstoß gab ein unklares Systemgefühl, dem aber wie meist ein berechtigter Kern zugrunde lag. So wurden gewisse Parallelregelungen durch Vertrag und Satzung, etwa in der Weise, daß sämtliche Statutpflichten durch Generalverweisung auch zu Vertragspflichten erhoben wurden, durchaus als möglich, als, wie man sagen könnte, "harmonisches Nebeneinander" empfunden.[23] KRONSTEIN,[24] der auch satzungsmäßige Bindung an Weisungen zulassen will, hält eine Parallelbindung auch durch Vertrag offensichtlich für unproblematisch. Andererseits beschäftigte sich die Literatur vor allem mit zwei Fällen, in denen ein offenbarer Widerspruch zwischen Vertrag und Satzung, ein "disharmonisches Nebeneinander", vorzuliegen schien.

1) Am eklatantesten wurde die "Widerspruchslösung" in RGZ 83, 377 empfunden. Das RG erklärte dort bei einer städtischen Düngeabfuhr AG mit Normalsatzung einen Vertrag für zulässig, durch den sich die Gesellschaft der Stadt gegenüber verpflichtete, mehr als 6 % Dividende nur mit deren Zustimmung auszuschütten. Offenbar handelte es sich um eine zumindest größtenteils im städtischen Besitz befindliche

---

23) so § 3 des IGV Schultheiß-Patzenhofer-Ostwerke-Kahlbaum, abgedruckt u.a. bei Rosendorff, aaO, S. 138ff, h.M., a.A. Nägeli II, S. 463, der diese Doppelung ohne weitere Begründung für "juristisch unmöglich" hält. Entweder liege in Wahrheit eine statutarische Regelung vor oder begründe die Nebenleistungsregelung nur ergänzende gesellschaftsvertragliche Pflichten (§ 705 BGB).

24) aaO, S. 38f

Gesellschaft, da die Stadt auch die Gebühren für die Abfuhr festsetzte. Nach Ansicht des RG hätte derselbe Erfolg auch durch eine Statutenänderung erreicht werden können. Die von der Literatur z.T. heftig angegriffene Entscheidung führte zu dem Ergebnis, daß ein GV-Beschluß, der etwa 8% Dividende vorsah, unanfechtbar war mangels Satzungsverletzung, die AG aber vertragsbrüchig wurde und Vertragsstrafe bezahlen mußte (bzw. Schadensersatz in anders gelagerten Fällen). War die Vertragsstrafe wie meist empfindlich hoch, so ließ sich auf diese Weise eine "faktische Statutenänderung" durchsetzen ohne Mitwirkung der GV allein durch den Vorstand. Das bedeutete eine Zuständigkeits- und Publizitätsverletzung. KALISCH[25] sprach von einer "Verdoppelung der anzuwendenden Rechtsordnung" durch das RG; was nach dem Aktienrechtssystem unzulässig sei, werde nach Vertragsrecht aufrechterhalten.

2) In diesen Zusammenhang gehört auch der berühmte Kahlbaum-Dividendenkonflikt, der Anlaß mehrerer grundsätzlicher Gutachten wurde. Im Schultheiß-Ostwerke-Kahlbaum-IGV war vertraglich dieselbe Dividende der Einzelgesellschaften vorgesehen, diese Bestimmung aber nicht in die Satzungen aufgenommen worden.[26] Die Gesellschaften nahmen eine unterschiedliche wirtschaftliche Entwicklung und die Aktionäre der erheblich gewinnstärkeren Kahlbaumwerke verlangten eine höhere Dividende als die anderen Gesellschaften ausschütteten. HAUSSMANN[27] hielt die vertragliche Gleichrichtung in der Dividendenpolitik bei der IG für zulässig, schloß sich jedoch ganz RGZ 83, 377 an. Eine aktienrechtliche Bindung trete nicht ein, doch löse ein Verstoß gegen die Gleichheit vertragliche Ansprüche aus. Auch FRIEDLÄNDER[28] billigte die Auffassung des RG. ROSENDORFF dagegen hielt in seinem Gutachten[29] die Vertragsbindung für unzulässig. Die Ausschüttung einer verschiedenen Dividende sei möglich, weil allein die GV über die Verwendung des Reingewinns zu beschließen habe und hierin nicht durch Vertragsabreden beschränkt werden könne.

III) Ansätze zur Systematik: die Lehren von den Ausschließlichkeitsbereichen.

1) Die Lehren von der Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstands: Ausschließ-

---

25) JW 1930, 3713f. Gegen das RG auch Boerl, DJZ 1914, 912: die Entscheidung sei zu theoretisch, da praktisch eben doch der Vorstand Verfügungsmacht über den künftigen Reingewinn erhalte.

26) Das ergab die Auslegung in Wirklichkeit etwas komplizierterer, mit Erst- und Zweitschlüssel arbeitender Vertragsbestimmungen. Vgl. Friedländer, Vertragsrecht und Satzungsrecht bei IGen, BA 1925/26, 406ff. Friedländer nahm zudem keine vertraglichen Verpflichtungen, sondern nur eine Richtlinienvorschrift an.

27) Festschrift für Heinitz, 1926, S. 200ff, hier S. 224

28) aaO, S. 409 29) aaO, Anhang, S. 157, ebenso S. 69

lichkeitsbereiche der Satzung[30]).

a) Die allgemeine "Satzungslehre" des Unternehmenszusammenfassungsrechts.

Wir verstehen darunter zunächst die etwa von KRONSTEIN[31] vertretene Auffassung von der Zulässigkeit rein satzungsmäßiger Zuordnung. Zur "Satzungslehre" rechnet aber auch die Ansicht, daß der Abschluß von UVen in aller Regel eine entsprechende Satzungsanderung voraussetzt und daher einer Kontrolle der HV unterliegt. Es handelt sich also um keine "reine" Satzungslehre. Denn dem schuldrechtlichen Vertrag wird nicht die Fahigkeit abgesprochen, eine Unternehmensverbindung bei j.Pen zu bewirken. Er wird lediglich mit einer Satzungsänderung gekoppelt. Insofern liegt keine volle Ausschließlichkeit des Satzungsbereichs vor.[32]

Unter Geltung des HGB wurde überwiegend eine Satzungsänderung gefordert. Jedoch ist, auch soweit die Notwendigkeit einer Satzungsänderung bejaht wurde, die Frage nach Erlaß des AktG mit seinem § 256 streitig geworden. Es wurde die Ansicht vertreten, der Gesetzgeber habe mit der Einführung der Genehmigungspflicht eindeutig zum Ausdruck bringen wollen, er sehe vom Erfordernis einer Satzungsänderung in Zukunft ab, da ja die HV jedenfalls beim Vertragsschluß mitwirken müsse. Wir haben in Anm. 33 eine nach Vertragstypen geordnete Zusammenstellung

---

30) Dieser Schluß folgt aus der Regel, daß die Vertretungsmacht des Vorstands deshalb beschränkt ist, weil es sich um eine Satzungsanderung handelt, für die die HV zustandig ist, und hierauf heben auch - außer Kost - die zu nennenden Lehren ab. Daß die Zuständigkeit des Vorstands auch auf rein vertraglichem Gebiet eingeschrankt sein kann - etwa bei wichtigen Geschäften - ist zwar denkbar, hier aber unbeachtlich. Übrigens läßt sich gerade aus § 256 AktG nicht entnehmen, ob es sich um Satzungsfälle oder nur wichtige Vertragsfälle handelt.

31) aaO, S. 7 und 8ff

32) Eine solche hat im übrigen nur Kalisch als der im Folgenden zunächst angeführte Autor angenommen.

33) Autoren, die eine Satzungsänderung (Gegenstandsänderung) verlangen (a) oder die nach Erlaß des AktG 1937 nur deshalb davon absehen, um einen durch den entsprechenden Zustimmungsvorbehalt in § 256 angeblich eindeutig zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers zu respektieren (b), Gegenstimmen (c); die Ordnung erfolgt im übrigen nach Vertragstypen:
1) IGV: a) Geiler, Organisationsformen, S. 20, Friedländer, IG, S. 37, Konzernrecht, S. 118, Bauer, aaO, S. 98ff, Brodmann, HGB, § 213 Anm. 6c, KG OLG R 11, 31. b) -- c) A.A. Rosendorff, aaO, S. 54, Rasch, Konzernrecht, S. 80, Würdinger, Aktienrecht, S. 197, Fischer, Großk. AktG, § 146 Anm. 7, Wirtschaftsverbände (vgl. Schmidt, AG 60, 30, mit Zust.); bezüglich der einfachen IG auch Geiler, Organisationsformen, S. 75.

der Vertreter der Satzungslehre und ihrer Gegner unter Berücksichtigung der differierenden Auffassungen zu § 256 vorgenommen. Eine systematische Begründung für das Erfordernis der Satzungsänderung läßt sich bei den genannten Autoren meist nicht auffinden. Es wird auf die erhebliche praktische Bedeutung und den tiefgreifenden Einbruch, die "Strukturänderung", verwiesen, die diese Verträge bewirken sollen. Im folgenden sollen vier echte Ansätze zu einer systematischen Lösung herausgegriffen werden.

b) Systematische Ansätze vor und nach 1937.

aa) Die Lehre vom Innen- und Außenkreis (KALISCH).
KALISCH[34] geht davon aus, bei der AG herrsche wie beim Staat der Grundsatz der Gewaltenteilung. Alle Organe hätten festumrissene Kompetenzen. Der Außenkreis (Vertragsrecht) falle in die Zuständigkeit des Vorstands, der Innenkreis (Satzungsrecht) in die der GV. Im Wege vertraglicher Abmachungen könne der Vorstand nicht

---

2) OrganschaftsV: a) Duden, BB 57, 49, 1230, Erlinghagen, aaO, S. 155f, Mestmäcker, aaO, S. 337ff, Rasch, aaO, S. 86, Pleyer, AG 59, 9, Fischer, Großk. AktG, § 52 Anm. 18, früher schon Hocke, Heinrich, Organgesellschaft, Diss. Heidelberg 1934; für die abh. Ges. Flume, RefE, S. 30, ebenso Schilling, JZ 57, 529ff. b) Ballerstedt, DB 56, 839 (s. auch bei Arndt, Konzentration, S. 898), Schlegelberger-Quass., § 256 Anm. 13. c) A.A. Hamburger, aaO, S. 292.

3) Pacht- und BÜV: a) Staub-Pinner, HGB, § 306 Anm. 24, Geiler, Organisationsformen, S. 66, Rosendorff, aaO, S. 54, Bauer, aaO, S. 98ff, soweit "Vertrustung" (=Konzernierung), Mummy, Wolf, Die Pacht von Unternehmungen als Form der Konzernbildung, Diss. Göttingen 1931, S. 32, Burkart, Erich, Die Verpachtung von Unternehmungen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung, Diss. Heidelberg 1936/37, S. 20, Schön, Werner, Konzerngesellschaft und abhängige Gesellschaft, Diss. Erlangen 1936, S. 22, Klingler, aaO, S. 48, Mestmäcker, aaO, S. 237, Rasch, aaO, S. 66, Rautmann, aaO, S. 179, Düringer-Hachenburg, HGB, Einleitung Anm. 144, Fischer, Großk. AktG, § 146 Anm. 7, Baumbach-Hueck, AktG, § 146 Anm. 2B; auch RG DR 1939, 720. b) Würdinger, aaO, S. 200, Schlegelberger-Quass., § 16 Anm. 17. c) --.

4) BFV, GFV, IndienststellungsV: a) Rasch, aaO, S. 66, Bauer, aaO, S. 98ff, soweit Vertrustung.
Sogar eine Z w e c k änderung erblicken Hamburger, aaO, S. 292 in der Organschaft (das bedinge aber keine Satzungsänderung, da der Zweck in der Satzung nicht enthalten sei!) und Starke, aaO, S. 44 bei Pacht und BÜ.

34) JW 1930, 3713f

wirksam über Angelegenheiten des inneren Kreises disponieren. "Eine Regelung, die unmittelbar (!) eine Änderung der Satzung zur Wirkung hatte, ist überhaupt kein Gegenstand eines möglichen Schuldverhältnisses."
Diese Auffassung steht im Widerspruch zu RGZ 83, 377. Nach KALISCH gibt es "auf eine Rechtsfrage nur eine einheitliche Antwort". Das fordere die einheitliche Privatrechtsordnung, der sowohl Schuld- als auch Satzungsrecht angehörten.

bb) Die Lehre vom ausschließlichen aktienrechtlichen Gesellschaftsverhältnis (ROTH).
ROTH[35] nimmt an, es bestehe ein ausschließliches aktienrechtliches Gesellschaftsverhältnis zwischen der Gesellschaft und ihren Aktionären. Dieses sei seinem Wesen nach eine "IG" (untechnisch), die nur auf der Kapitalbeteiligung beruhe. Es werde begrenzt durch die aus dieser Kapitalbeteiligung fließenden Rechte, nämlich Anspruch auf Reingewinn innerhalb der gesetzlichen und satzungsmäßigen Vorschriften, Ausübung des Stimmrechts und Anspruch auf Liquidationserlös. Beteiligungs- und Gesellschaftsverhältnisse, die Dritten mittelbar oder unmittelbar Einfluß auf das innere Leben der AG geben würden, traten zu diesem Ausschließlichkeitsverhältnis in unzulässige Konkurrenz. Insoweit habe der Vorstand auch nach außen keine Vertretungsmacht und es gelte auch für das deutsche Recht die ultra-vires-Theorie. Durch Satzungsänderung solle aber ein Eingriff in das aktienrechtliche Gesellschaftsverhältnis möglich sein.

cc) Die Lehre von der Unvertretbarkeit der Organe durch den Vorstand (KOST).
KOST[36] ist der Auffassung, der Vorstand vertrete die AG, nicht deren Organe. Letzteres vermöge er gar nicht, da die Organe keine Rechtssubjekte seien. Durch Vertrag könne demnach der Vorstand ein Organ zur Vornahme organschaftlicher Akte nicht verpflichten. Erfordere das Gesetz für eine Rechtshandlung auch nur die Mitwirkung eines Organs, sei Bindung unmöglich, auch nicht indirekt über Vertragsstrafe, etc. Korrespondierende Erklärungen des Vorstands und des Organs schieden auch aus, da das Organ mangels Rechtssubjektivität keine Verpflichtung eingehen könne. Unzulässig sind daher nach seiner Ansicht Verträge über Organbestellungen, nicht aber solche über Weisungsbindung des Vorstands und nicht der IGV, weil er die GV zu nichts verpflichte.

dd) Die Lehre von der spezifisch gesellschaftsrechtlichen Bindung der Vertretungsmacht (MESTMÄCKER).
MESTMÄCKER[37] weist darauf hin, daß die zwingende gesetzliche Kompetenzverteilung, die Begrenzung der Vertretungsmacht des Vorstands auf das Außenverhältnis sowie der gesetzgeberische Zweck unbeschränkter und unbeschränkbarer Vertretungsmacht forderten, dem Vorstand nur dann Vertretungsmacht zuzusprechen, wenn die beabsichtigte Maßnahme, also etwa der Abschluß eines Konzerneingliederungs-

---

35) ZBH 1930, 68ff 36) aaO, S. 15ff 37) aaO, S. 364f

vertrages, gesellschaftsrechtlich zulässig ist. Sonst könnte der Vorstand alle gesellschaftsrechtlichen Schranken umgehen, da die Gesellschaft, auch wenn sie den Eingliederungsvertrag nicht erfüllen wollte, doch mindestens schadensersatzpflichtig würde. Interne Strukturänderungen auf dem Vertragswege durchzusetzen, müsse dem Vorstand verwehrt bleiben. Er könne nicht die Vertretungsmacht dazu benutzen, um die gesetzlich den Aktionären zugewiesenen Rechte zu verkürzen. Das Prinzip der unbeschränkten Vertretungsmacht stehe dem nicht entgegen, da es sich nicht um Geschäftsverkehr mit Dritten handle, zu deren Schutz diese Regelung aufgestellt worden sei, sondern um einen Vertragsschluß mit dem Großaktionär. Auch gehe es gar nicht um Geschäftsverkehr, sondern der Vertragszweck sei die Festlegung der gesellschaftsrechtlich begründeten Machtstellung.

ee) Vorläufige Kritik.

Der Grundgedanke, daß die Vertretungsmacht des Vorstands dort ihr Ende habe, wo der Vertragsschluß materiell die Verfassung der AG, ihre satzungsmäßige Grundstruktur, ändern würde, ist sicher zutreffend. Wenn dieses aktienrechtliche Grundprinzip vor allem in der Praxis bis zum Erlaß des AktG 1937 und seines § 256 immer wieder mißachtet worden ist, so mag das daran liegen, daß keineswegs klar war, was eigentlich als verfassungsmäßige Grundstruktur der AG anzusehen sei. Ferner spielte die gängige Einordnung der UVe in den Bereich der Geschäftsbeziehungen mit Dritten, wenn auch unter Betonung ihres besonderen Charakters, eine Rolle.

Eine Lösung des systematischen Problems bei Konzernierung bringen diese Lehren jedoch allesamt nicht, denn die eigentliche Problematik liegt in der Abgrenzungsfrage. Es gilt den Punkt zu finden, ab welchem der Vertrag sich eines Bereiches bemächtigt, der materiell der Satzung vorbehalten ist. Besonders schwierig ist diese Grenzfindung dann, wenn denkbar ist, daß ein Vertrag nur wegen seiner wirtschaftlichen Erheblichkeit einer Zustimmung der HV unterworfen worden ist, nicht aber, weil er in Satzungsbereiche einbricht. So verhält es sich gerade bei den Verträgen des § 256 AktG.

Zu Recht betont KALISCH zunächst, daß unmittelbar satzungsändernde Regelungen nicht Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein können. Die Schwierigkeit liegt jedoch bei den mittelbar satzungsändernden ("satzungsaushöhlenden") Vertragsschlüssen. Denn jedes Geschäft, das der Vorstand tätigt, wirkt mittelbar auf das innere Gesellschaftsleben ein, vor allem durch Beeinflussung des Gewinns. Diese mittelbare Einwirkung bezieht ROTH zwar in seine Überlegungen ein, gibt aber ebenfalls keine Abgrenzungskriterien an. Im übrigen besteht für sein ausschließliches aktienrechtliches Gesellschaftsverhältnis, für das jeder Dritteinfluß unzulässige Konkurrenz sein soll, keine gesetzliche Grundlage;[38] es handelt sich in Wirk-

---

38) so richtig Kost, aaO, S. 14

lichkeit nur um eine Umschreibung der Figur der in sich unabhängigen, wirtschaftlich selbständigen AG, die diese Grundstruktur nur durch Satzungsänderung aufgeben kann. Auch MESTMÄCKERs Ausführungen enthalten keinen positiven Beitrag zur Abgrenzung. Natürlich kann der Vorstand nur einen Vertrag schließen, wenn dieser gesellschaftsrechtlich zulässig ist, aber wann ist er das? Nach MESTMÄCKER ist jedenfalls bei Konzerneingliederungsverträgen diese Grenze überschritten.

In der Begründung verfehlt und im Umfang zu eng ist schließlich KOSTs Lösung. Es ist formalistisch, eine Organbindung mangels Rechtssubjektcharakters des Organs abzulehnen. Denn entscheidend ist, daß der Vorstand materiellrechtlich nicht bindend über die anderen Organe verfügen kann, ja nicht einmal - gegen KOST - generell über sich selbst. KOSTs These versagt außerdem in den Fällen, in denen es sich nicht um eine Bindung der Organe bei Fragen ihrer Zuständigkeit handelt, sondern die Organzuständigkeit faktisch ausgehöhlt wird. So ist bei Verpachtung und Betriebsüberlassung das Unternehmen, seine Tätigkeit und sein Gewinn, der Herrschaft der eigenen Organe von vornherein schon entzogen; des "Umwegs" der Weisungsbindung bedarf es gar nicht. Das zeigt schon, daß das Abgrenzungskriterium nach materiellen Gesichtspunkten ausgerichtet sein muß, daß Beeinflussung von Entscheidungskompetenzen der Organe und Entziehung i.S. materieller Aushöhlung gleichzustellen sind.

Wenn KOST im Anschluß an RGZ 83, 377 gegen die von KALISCH beklagte "Verdoppelung der Rechtsordnung" einwendet, viele Geschäfte seien wirksam trotz Vertragswidrigkeit, wie der mehrfache Verkauf derselben Sache zeige, so wird damit Unvergleichbares verglichen. Was im Verhältnis Schuldvertrag - Schuldvertrag gilt, ist eben im Verhältnis Vertragsrecht - Satzungsrecht anders. Das übersah auch das RG, wenn es ausführte: "Die Tatsache, daß jemand gegen einen anderen eine rechtlich bindende Verpflichtung eingeht, eben dadurch aber die ihm einem Dritten gegenüber obliegenden Pflichten verletzt, gehört zu den alltäglichen Erscheinungen des Rechtslebens".

2) Die Lehren von der Überlegenheit der Zuordnung kraft Vertrages gegenüber der Zuordnung kraft Satzung (Ausschließlichkeitsbereiche des Vertrages).

In der Literatur ist dem Vertrag öfters eine erhöhte Fähigkeit zur Begründung von Abhängigkeitsverhältnissen zugesprochen worden. Teils geschah dies ausdrücklich, teils ist es der Gesamtdarstellung zu entnehmen.[39] Eine Durchprüfung ergibt aber erhebliche Differenzierungen.

---

39) letzteres etwa bei Haußmann, Grundlegung, S. 106ff. Selbstverständlich können in diesem Abschnitt nur Autoren genannt werden, die nicht zusätzlich zum Vertrag eine Satzungsänderung fordern.

a) HAMBURGER[40] hält eine lediglich auf dem gesellschaftsrechtlichen Verfassungsrecht beruhende Abhängigkeit für unzulässig. Eine Bindung könne nur durch Vertrag eintreten. Im Anschluß an ihn will MEISE[41] im Falle der Organschaft nur vertragsmäßige Abhängigkeit anerkennen. Ausschließlich satzungsmäßig verankerte Organverhältnisse gäbe es nicht. Ihre Auffassung beruht aber darauf, daß sie der Satzung die Fähigkeit abspricht, Rechtsverhältnisse zu regeln, die über den engeren sozialen Bereich des Verbandes hinausgehen. Bei Einbeziehung eines Dritten durch Begründung unmittelbarer satzungsmäßiger Rechte handelt es sich nun ihrer Ansicht nach gerade nicht mehr um die Gestaltung des Verbandslebens. Diese Auffassung unterschätzt den mindestens heute allgemein dem Satzungsrecht zuerkannten Regelungsbereich.[42] Im übrigen hätte diese einseitige vertragliche Lehre zumindest bei MEISE schon im Blick auf die von KRONSTEIN genannte Abhängigkeitsbegründung durch entsprechende Gegenstandsbestimmung (Dienst zugunsten der h.P.) einer kritischen Prüfung unterzogen werden müssen. Wir gehen mit der ganz vorherrschenden Meinung davon aus, daß das Aktienrecht vor und nach 1937 auch satzungsmäßige Abhängigkeit zugelassen hat, wenn auch vielleicht nicht in allen beim Vertrag vorkommenden Modalitäten, insbesondere etwa nicht satzungsmässige Weisungsbindung. Letzteres dürfte HAMBURGER und MEISE, welche ja die Organschaft untersuchten, zu ihrer extremen Auffassung geführt haben. Uns interessiert hier die Frage, ob, die Möglichkeit satzungsmäßiger Abhängigkeit vorausgesetzt, der Vertrag eine materiell weitergehende Abhängigkeit bewirken kann, unabhängig von Modalitätsunterschieden innerhalb desselben Bereichs.

b) KRONSTEIN[43] hat sich dafür ausgesprochen. Und BALLERSTEDT[44] stellt, allerdings rein wirklichkeitsanalytisch und mit ablehnender Kritik, fest: "Der Vertrag 'kann' etwas, was die Satzungsänderung nicht könnte". Der OrganschaftsV etwa leite ohne gegenständliche Begrenzung für den gesamten Bereich des Unternehmens die Entscheidungsbefugnis auf den Mehrheitsaktionär über und bezwecke auch die unmittelbare Übertragung des gesamten Geschäftsergebnisses auf die Obergesellschaft. Damit verstößt er indes nach BALLERSTEDTs Auffassung gegen zwei grundlegende Prinzipien des Aktienrechts. Denn der Großaktionär könne auch über § 103, II AktG die Geschäftsleitung nicht an sich ziehen und außer Frage stehe, daß bei der AG ein unmittelbares, nicht an den vorherigen Ausweis des entsprechenden Reingewinns gebundenes Gewinnbezugsrecht durch Satzungsbestimmung

---

40) aaO, S. 267, 292f 41) aaO, S. 16ff, bes. S. 19

42) Hätte Meise mit Kronstein, aaO, S. 9, die h.P. als - weiteres - Organ der beherrschten aufgefaßt, hätte sich sogar eine Einbeziehung in den engeren sozialen Bereich begründen lassen.

43) S. 46ff (49). Allerdings könne Gegenstandsänderung in Betracht kommen, S. 47.

44) DB 56, 838, 57, 837; ähnlich v. Godin, 42. DJT, Disk. F 65

nicht begründet werden könne. Es sei widerspruchlich, wenn zwar die Unwirksamkeit verdeckter Gewinnausschüttung durch Einzelverträge anerkannt, eine verdeckte Ausschüttung des Gesamtgewinns im Vertragswege jedoch praktiziert werde.

c) Sieht man von der Wirtschaftspraxis ab, so scheinen dogmatisch neben KRONSTEIN auch NÄGELI[45] und FRANKENBERG[46] dem Vertrag erhöhte Fähigkeiten zuzuerkennen. Allerdings wird bei ihnen nicht ganz klar, ob sie nicht die grundsätzliche Eingriffsbreite gleich ziehen und dem Vertrag lediglich auf Grund der beweglicheren Ausgestaltungsfreiheit im Einzelnen und der besonderen Sicherungen (Vertragsstrafe, Schadensersatz) erhöhte Wirksamkeit beilegen.

d) Stimmen für eine echte Gleichwertigkeit von vertragsmäßiger und satzungsmäßiger Bindung lassen sich - soweit ersichtlich - seltsamerweise nicht finden. Soweit die Zuordnungsfähigkeit gleich geachtet wird, wird neben dem Vertrag stets eine Satzungsänderung verlangt.[47] Der "Überlegenheitslehre" steht somit nur eine "unechte Gleichordnungslehre", in Wahrheit die in § 2 C III 1a sogenannte "Satzungslehre" gegenüber.

e) In der Praxis hat sich die Überlegenheitstheorie dahingehend ausgewirkt, daß unter Ausnutzung der schuldrechtlichen Vertragsfreiheit die jene Gestaltungsfreiheit gerade beseitigende zwingende Regelung des Aktienrechts umgangen wurde. Zu Recht betont indes MAURER,[48] daß dort, wo eine Statutenregelung unzulässig sei, auch der Vertrag nicht eingreifen dürfe. Eine Überlegenheit des Vertrags ist daher auf jeden Fall ausgeschlossen.

3) Anerkannte Ausschließlichkeitsbereiche.

Im Bereich des notwendigen Satzungsinhalts herrscht selbstverständlich Ausschließlichkeit der Satzung. Von Interesse ist daher vor allem der fakultative Inhalt. Hier kennt das AktG eine ganze Anzahl von Vorbehalten zugunsten der Satzung. Dabei lassen sich einige unschwer auf das Prinzip "Formvorschrift zwecks Schutzwirkung" zurückführen, so der Gründungsaufwand, Sacheinlagen, etc, §§ 19, 20 AktG. Die Nebenleistungsregelung in § 50 dient der Verfestigung der Leistungspflicht, die ohne weiteres auch schuldvertraglich begründet werden kann. Auch § 74, 1 AktG will nur klarstellen, daß u.a., etwa neben einer Beschränkung der Vertretungsmacht im Anstellungsvertrag des Vorstands, sogar eine satzungsmäßige Beschränkung nur intern wirkt. Dagegen läßt sich die Regelung des Präsentationsrechts in § 88 AktG sowie der §§ 93, II und III, 95, V aus einer systematischen Begründung i.S. zwingen-

---

45) aaO, II, S. 450, 502 46) aaO, S. 104, 108

47) vgl. Schlegelberger-Quass., § 52 Anm. 12, bezüglich Gewinnverteilung, Maurer, aaO, S. 76ff, unter Betonung der größeren Beweglichkeit des Vertrags innerhalb des gleichgespannten Rahmens. 48) aaO, S. 77f

der Ausschließlichkeit herleiten. Für den Fall der Drittbeziehungen der j.P. findet sich nur ein Beispiel letzterer Art, das Recht zur Einberufung der HV durch "andere Personen" in § 105, I, 3 AktG (ebenso § 117, II, 3 E), das notwendig in die Satzung aufgenommen werden muß.[49] Dagegen läßt sich aus § 256 AktG keine echte, d.h. systematische Ausschließlichkeit feststellen, da es der Gesetzgeber bewußt unentschieden gelassen hat, ob die Zuständigkeit der HV darauf zurückzuführen ist, daß ein Fall des Satzungsbereichs vorliegt oder ob es sich lediglich um besonders schwerwiegende Vereinbarungen des Vertragsbereichs handelt. Jedoch hat die vorstehend als Satzungslehre bezeichnete herrschende Auffassung bei den UVen die Entscheidung für die grundsätzliche Zugehörigkeit zum Satzungsbereich getroffen. Eine beachtenswerte Abwandlung liegt aber darin, daß der Vertrag nicht ausgeschlossen sein soll, sondern mit der Satzungsänderung, die überwiegend als Gegenstandsänderung verstanden wird, eine untrennbare Koppelung eingehen soll.

---

49) Dieses Beispiel bringt auch Kost, aaO, S. 17, als Fall echter Ausschließlichkeit.

§ 3 Die Lehren von der Rechtsnatur der Unternehmensverträge.

A. Die ältere Lehre von der schuldrechtlichen Natur der Unternehmensverträge, besonders des Organschaftsvertrages.

I) Entsprechend HAUSSMANNs und KRONSTEINs Systemen geht die einhellige Auffassung der Literatur vor Erlaß des AktG 1937 dahin, daß die UVe normale schuldrechtliche Verträge seien, teils gegenseitige (Pacht, Dienstvertrag, entgeltliche Geschäftsbesorgung), teils unvollkommen zweiseitige (Auftrag), teils Gesellschaftsverträge nach §§ 705ff BGB bei IGen.[1] HOLLAENDER[2] spricht ausdrücklich von "obligatorischen Beherrschungsverträgen". Die nähere Einordnung erfolgt zum kleineren Teil bei gesetzlich geregelten Vertragstypen; zumeist werden unter Berufung auf die Vertragsfreiheit Verträge besonderer Art angenommen. Mittels Analogie wird versucht, den Kreis der Rechte und Pflichten aus dem Gesetz zu begrenzen. Die Schwierigkeit der genauen Erfassung führt häufig zu erheblich sich widersprechenden Aussagen. Es lohnt, die bisherigen Bemühungen etwas genauer zu veranschaulichen.

HAMBURGER[3] faßt den Organschaftsvertrag als Dienstvertrag, auf Geschäftsbesorgung gerichtet, auf (bei Unentgeltlichkeit liege Auftrag vor); das Organschaftsverhältnis sei ein Angestelltenverhältnis. Die §§ 611ff und 662ff BGB sollen jedoch nur subsidiär hinter den Parteivereinbarungen gelten; entsprechend könne bei Verkaufsgesellschaften das Kommissionsrecht des HGB herangezogen werden. Die Besonderheiten des Organschaftsverhältnisses nötigen jedoch immer wieder zu Einschränkungen. So passen die §§ 617, 618 BGB nur auf Dienstverhältnisse natürlicher Personen, ebenso nimmt HAMBURGER dies für § 612 an, da nur das Lebensunterhaltsbedürfnis der natürlichen Person eine Vergütung fordere. Entsprechend bleiben vom Kommissionsrecht praktisch nur noch die §§ 391, 392 anwendbar. "Das Organverhältnis ist so singular, daß die Vorschriften des Kommissionsgeschäfts über das Verhältnis zwischen Kommittenten und Kommissionär, die doch die Interessen beider Parteien

---

1) Als repräsentativer Querschnitt seien - außer Haußmann und Kronstein, aaO - zitiert: Friedländer, Konzernrecht, S. 101ff, Geiler, Organisationsformen, S. 61ff, ZBH 1926, 188, Hamburger, aaO, S. 273, Rosendorff, aaO, S. 20ff, Nägeli, Doppelgesellschaft II, S. 451, Hug, Schweiz, JZ Bd 37 (1940/41), 346, Flechtheim, Geiler, Hachenburg, Buchwald in ihren Gutachten im Enquête-Ausschuß I 3/1 (1928); stellvertretend für die Kommentare: Düringer-Hachenburg, HGB, III. Bd 1. Teil, 3. Aufl. 1934, Einl. Anm. 138 a.E. und 142. An Dissertationen: Meise, aaO, S. 18, 26, 31ff, Kost, aaO, Brandi, aaO, S. 7, Frankenberg, aaO, S. 43ff, 79, Schütze, Hans, Die Tochtergesellschaft, Diss. Erlangen 1933, S. 27; schließlich RFH RStBl 35 Nr. 426 S. 725

2) KR 1931, 756ff

3) aaO, S. 273 und 300ff, bes. 302

abwägen (!), überhaupt keine Anwendung finden können". Bei der Pflichtenstellung der Organgesellschaft zeige sich die Besonderheit, daß die Dienstpflicht weiter reiche als die eines normalen Angestellten. Denn die Organgesellschaft habe nicht nur ihre Tätigkeit, sondern auch ihr Vermögen in den Dienst der Herrschaftsperson zu stellen. Schließlich habe eine unentgeltlich tätig werdende Gesellschaft über den Anspruch aus § 670 BGB hinaus einen Anspruch auf Substanzerhaltung.

NÄGELI[4] nimmt einen "sehr komplex gestalteten Vertrag sui generis" an, auf den er vor allem gewisse Geschäftsbesorgungs- (Auftrags-, Dienstvertrags-), aber auch einzelne Pachtvertrags- oder andere den jeweiligen Verhältnissen entsprechende gesetzliche Vertragsbestimmungen analog anwenden will. HAUSSMANN[5] lehnt die Heranziehung der §§ 616ff ab, weil diese Vorschriften auf die Indienststellung von ganzen Unternehmungen nicht zugeschnitten seien, behilft sich aber in entsprechenden Fällen mit § 675 BGB.[6] Letzterer wurde von der h.M. allgemein angewendet.[7] MEISE,[8] die eine besonders gründliche Untersuchung des Organverhältnisses vornahm, gelangte nach Durchprüfung sämtlicher in Frage kommender schuldrechtlicher Verträge zur Deutung des Organschaftsverhältnisses als eines besonders gearteten Gestionsverhältnisses mit fiduziarischer Treuhandstellung der Organgesellschaft. Als Grundlage der Rechte und Pflichten sowie der fiduziarischen Beschränkungen der Vollrechtsinhaberschaft will sie in erster Linie den OrganschaftsV heranziehen. Ob man Auftragsrecht analog anwenden wolle, sei Geschmacksache, doch komme das nur dort in Frage, wo die Obergesellschaft auch die Verluste übernehme. MEISE erkennt aber auch in besonderem Maße die Eigenheiten des Organverhältnisses, wenn sie feststellt, die Herausgabepflicht erstrecke sich nicht auf das durch die einzelnen Geschäfte Erlangte, sondern auf das bilanzmäßige Gesamtergebnis; entsprechend werde nicht Aufwendungsersatz für einzelne Ausführungsgeschäfte, sondern für "Aufwendungen aus der Indienststellung an sich" geschuldet. Die Dividendengarantie stellt nach ihrer Auffassung kein synallagmatisches Entgelt dar und einen generellen Schuldenbefreiungsanspruch lehnt sie ab, da mit der Ausgliederung der Organgesellschaft gerade eine eigene Vermögenssphäre geschaffen werden solle. Das Zuordnungselement der Organschaft lasse sich mit "Arbeitsleistung" und "Geschäftsbesorgung" nicht erfassen, da m e h r geschuldet werde, nämlich die Indienststellung der Substanz. Trotzdem sei das rechtlich erfaßbare Organverhältnis ein "rein obligatorisches Subordinationsverhältnis".[9]

Bezüglich des IGVes wurde nach einhelliger Meinung eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach §§ 705ff BGB angenommen.[10]

---

4) aaO, II, S. 451 5) Praxis, S. 109f, zu Vertrag Nr. 6, S. 124f
6) aaO, zu Vertrag Nr. 7 und 8 7) vgl. Meise, aaO, S. 33 8) aaO, S. 31ff
9) aaO, S. 26, 30 10) vgl. Geiler, IGen aaO, Anm. 459

Der BÜV soll nach FRIEDLÄNDER[11] ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag, § 675, sein, aber "von durchaus eigener Art". Der BFV i.S. des Verwaltungsvertrages wird meist ebenfalls als Geschaftsbesorgungsvertrag aufgefaßt.[12] Für PachtVe soll das Pachtrecht des BGB anwendbar sein, soweit nicht "aus der Natur der Unternehmenspacht sich ein anderes ergibt".[13]

II) Die schuldrechtliche Auffassung ist auch heute noch vorherrschend.[14] So faßt RASCH[15] den OrganschaftsV als im wesentlichen unter §§ 675 bzw. 662 BGB subsumierbar auf. Charakteristisch sei eine Art Anstellungsverhältnis der Organgesellschaft. Das bestreitet SCHULTZE - SCHLUTIUS,[16] ist aber trotzdem der Ansicht, der Gewinn- und Verlustausschluß begründe rein schuldrechtliche Verpflichtungen. IGVe werden übereinstimmend nach §§ 705ff behandelt.[17] Beim BÜV sucht WÜRDINGER[18] die Reichweite der Eingriffsrechte und Verwaltungspflichten der ge-

---

11) Konzernrecht, S. 101

12) Hollaender, KR 1931, 761, vgl. auch Haußmann, Praxis, S. 109

13) Haußmann, Praxis, S. 109

14) Rasch, Konzernrecht, S. 62ff und Verh. des 42. DJT 1957, Bd I 3. Teil, Gutachten, S. 12f, Würdinger, Aktienrecht, S. 195ff und Schmidt-Festschrift, S. 286, mit Ausnahme aber für den OrganschaftsV als Gewinnabführungsvertrag, DB 58, 1447ff, Schmidt-Festschrift, S. 292, Hueck, DB 59, 223ff, Pleyer, AG 59, 9, Schultze-Schlutius, aaO, S. 34, 98, Rautmann, aaO, bes. S. 175, Esser, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960, S. 714; für die Kommentare: Baumbach-Hueck, AktG, § 15 Anm. 3B; an Dissertationen: Maurer, aaO, S. 76, Zimmermann, Walter, Organschaftsvertrag und Einzelaktionär im Aktienrecht, Diss. Köln 1960, S. 6ff. Letzterer faßt den OrganschaftsV als schuldrechtlichen Vertrag sui generis auf, aber mit völlig unhaltbarer Begründung. Für die schuldrechtliche Natur spricht nach ihm erstens die Art der Entstehung des Vertrags durch zwei sich inhaltlich deckende Willenserklärungen und zweitens die Rechtsnatur der aus dem Vertrag resultierenden Verpflichtungen. Das erste Argument versagt, weil es die Erscheinung des körperschaftsrechtlichen OVes gibt, das zweite beruht, da kurzerhand schuldrechtliche Verpflichtungen angenommen werden, auf einer petitio principii.

15) aaO, S. 85, h.L., vgl. Schultze-Schlutius, DB 58, 1139, v. Wallis, AG 57, 99ff. Sofern Flume, Steuerberater-Jahrbuch 1958/59, 286 meint, die gesellschaftsrechtliche Auffassung habe sich bereits durchgesetzt und bei der schuldrechtlichen handle es sich um überholte "traditionsche Äußerungen", ist das eine durch Literaturnachweise nicht zu belegende Vermutung.

16) aaO, S. 36ff und 53

17) vgl. Würdinger, Aktienrecht, S. 197, Mestmäcker, aaO, S. 322

18) Aktienrecht, S. 203

schäftsführenden Gesellschaft nach Pachtrecht zu bestimmen; Auftragsrecht soll jedoch insoweit gelten, als formell die Untergesellschaft Rechtsträgerin ist, im Innenverhältnis aber auf Rechnung der Obergesellschaft gehandelt wird. Wie schwierig die Erfassung eines solchen UVes mittels schuldrechtlicher Kriterien ist, zeigt sich daran, daß WÜRDINGER wenig früher[19] die Grenzen des Eingriffsrechts noch aus dem Auftragsrecht ableiten wollte. Bereits hier sei jedoch bemerkt, daß infolge der Beteiligung j.Pen bei den UVen gewisse Modifikationen bei den schuldrechtlichen Vertragstypen eine natürliche Folge sind, ohne daß daraus schon auf eine Nichtanwendbarkeit des Schuldvertrags zur Unternehmenszusammenfassung geschlossen werden könnte.

III) Nur anhangsweise sei bemerkt, daß das Denken in den herkömmlichen Bahnen schuldrechtlicher Dogmatik bei der rechtlichen Konzernorganisation sogar vereinzelt dazu geführt hat, die Satzung hinsichtlich gewisser Wirkungen als "Vertrag zugunsten Dritter" aufzufassen.[20]

B. Die neueren konzernrechtlichen Lehren von der Rechtsnatur der Unternehmensverträge.

I) Der Organschaftsvertrag als gesellschaftsrechtlicher Vertrag.

1) BALLERSTEDT[21] und FLUME[22] haben als erste den OrganschaftsV systematisch dem Gesellschaftsrecht zugeordnet.[23] BALLERSTEDT führt aus, der Vertrag andere die gesetzlichen oder satzungsmäßigen Bestimmungen über die Willensbildung der Gesellschaft und über die Orientierung der Geschäftsführung am Gesellschaftsinteresse. Die gesellschaftsrechtliche Qualifizierung treffe insbesondere auch auf die Verlustübernahme zu, die als Ergänzung zur Gewinnabführungsverpflichtung notwendig aus den Vorschriften zur Sicherung der kapitalgesellschaftsrechtlichen Vermögensbildung folge. Der OrganschaftsV stelle demnach eine Satzungsänderung dar. FLUME sucht die Organschaft in ihrer ganzen "Wucht der Tatsachen" zu erfassen. Ansatzpunkt der Organschaftslehre sei das "Unternehmen", das der h.P. zugeordnet

---

19) DB 58, 1447 20) vgl. die Ablehnung bei Meise, aaO, S. 17

21) DB 56, 813ff, 837ff, hier 815, 839. S. 815 Anm. 12 gibt er ausdrücklich seine frühere Auffassung in Kapital, S. 161f auf, der OrganschaftsV zerfalle in einen gesellschaftsrechtlichen und einen schuldrechtlichen Teil. Vgl. auch seine Definition von "gesellschaftsrechtlich" und "schuldrechtlich" aaO, S. 116.

22) DB 56, 455; vgl. auch 672ff sowie DB 55, 485ff, 57, 439ff, 59, 190ff

23) Ausdrücklich dahingestellt sein läßt es Kropf, NJW 59, 173, ob der Gewinnabführungsvertrag noch dem Schuldrecht angehöre oder nicht vielmehr eine "satzungsrechtliche Sondergestaltung des Gesellschaftsrechts" sei. Ebenso die Begründung zu § 280 des E.

werde; die j.P. der Organgesellschaft werde eliminiert, beiseitegeschoben, sie bleibe als "nuda persona", als "formales instrumentum" zurück. Die Organschaft könne nur als Rechtsfigur des Unternehmensrechts verstanden werden, dieses durch die Macht der Verhältnisse gewordene Recht dränge das Gesellschaftsrecht beiseite und überwinde die Barriere der selbständigen j.P. Der Ergebnisübernahmevertrag, den der BFH bei der Körperschaftssteuer fordere, trage gesellschaftsrechtlichen Charakter, sei aber völlig unselbständig und durch die vom RFH noch zugelassene "Anweisung" zur Gewinnabführung ersetzbar; er sei unlösbar verbunden mit dem Organschaftstatbestand der finanziellen, wirtschaftlichen und organisatorischen Eingliederung. Erst dieser Gesamttatbestand bringe als "Satzung" die Rechtsfolgen der Ergebnisübernahme zustande. Mit den Kriterien des schuldrechtlichen Vertrages lasse sich das "Ungeheuerliche" der Organschaft nicht erfassen. Der schuldrechtliche Vertrag könne nicht Mittel einer so weitgehenden Selbstaufgabe sein.

FLUMEs Argumentation ist überpointiert.[24] Sie umgeht die Probleme. Die j.P. und ihre satzungsmäßige Struktur läßt sich nicht einfach beiseiteschieben. Wohl ist das Unternehmensrecht systematisch der weitere Begriff gegenüber dem Gesellschaftsrecht.[25] Das Unternehmensrecht stellt jedoch inhaltlich weitgehend eine Schöpfung der Praxis, begrifflich eine Schöpfung der Rechtslehre dar. Gerade auch im Falle der Organschaft hat sich das von FLUME angeführte spezifische verdrängende 'Unternehmensrecht' praeter legem herausgebildet. Das angeblich verdrängte Gesellschaftsrecht dagegen ist Gesetzesrecht. Ob eine Praxis überhaupt "Recht" entwickeln konnte, bedarf besonders dort der sorgfältigsten Prüfung, wo sie Gesetzesrecht verdrängen soll und ihren Regeln der Charakter von derogierendem Gewohnheitsrecht beigelegt wird. Die Vermutung spricht, gerade umgekehrt zu FLUME, für die stärkere Kraft des Gesellschaftsrechts und nicht für ein contra legem entwickeltes Unternehmensgewohnheitsrecht. Schließlich kann mit dem bloßen Hinweis auf die weitgehenden Organschaftsfolgen die Ablehnung der schuldrechtlichen Vertragsauffassung nicht hinreichend begründet werden.[26]

Entscheidend sind jedoch folgende Einwände: schon bei BALLERSTEDT ist zweifelhaft, ob er dem OrganschaftsV allein deshalb, weil er der Satzung vorbehaltene Bereiche unmittelbar regle, Satzungscharakter zuerkennt, oder nicht nur oder auch deshalb, weil er Vorgänge, die sich auf Grund der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung und der dadurch bewirkten Verknüpfung von Ober- und Untergesellschaft abspielen, verrechtlicht. Des öfteren stellt er auf den unlösbaren Zusammenhang von gesellschaftsrechtlicher Beteiligung und OrganschaftsV ab, wesent-

---

24) vgl. die berechtigte Kritik Ballerstedts, DB 56, 813ff, 837ff.

25) vgl. unten II 1

26) so zu Recht Erlinghagen, aaO, S. 106

lich erscheint ihm, daß der OrganschaftsV praktisch nie mit außenstehenden Dritten abgeschlossen werde, entscheidend sei die gesellschaftsrechtliche Grundlage des OrganschaftsVes.[27] Bei FLUME ist diese Betrachtungsweise offensichtlich maßgebend.

Die systematische Entscheidung über die Zuordnung des OrganschaftsVes muß aber ungeachtet eines Beteiligungsverhältnisses fallen; ein Vertrag mit einem außenstehenden Dritten unterliegt derselben Beurteilung wie ein mit dem Großaktionär geschlossener. Auch der Amtl.E setzt begrifflich nicht voraus, daß UVe nur mit einem Hauptaktionär eingegangen würden. Für die Systematik ist die Tatsache, daß Konzerneingliederungsverträge praktisch stets mit einer bereits herrschenden Gesellschaft abgeschlossen werden, unbeachtlich. Die Beteiligung mag das Zustandekommen des Vertrages erst ermöglichen, für dessen Rechtsnatur ist sein selbständig zu prüfender Inhalt maßgebend. Das verkennt vor allem auch MESTMÄKKER.[28]

2) DUDEN[29] will eine Doppelwirkung der Konzernverträge annehmen. Sie erzeugten schuldrechtliche Bindungen und hätten zudem gesellschaftsrechtliche Bedeutung, da sie die "Satzung" änderten. Dabei handle es sich jedoch um den Übergang von einem formalen zu einem materiellen Satzungsbegriff. Die letztere Bemerkung läßt erkennen, daß DUDEN in Wahrheit ein Vertreter der rein schuldrechtlichen Auffassung ist. Er hat lediglich die allseits hervorgekehrte "Strukturänderung" (zutreffend) als materielle Verfassungsänderung qualifiziert.

3) Mit Vorsicht ist die Wertung des Ergebnisabführungsvertrags durch den BFH[30] zu betrachten. Zwar anerkennt der Hof den Primat des Zivilrechts für die Frage der Wirksamkeit des Ergebnisabführungsvertrages. Jedoch ist die von ihm angewandte wirtschaftliche Betrachtungsweise des Steuerrechts für die zivilrechtliche Systematik nicht brauchbar. Zudem ist die Stellungnahme des Senats methodologisch recht unklar, wie FLUME[31] zu Recht bemängelt. Der BFH führt aus, schon im Handelsrecht werde zunehmend die gesellschaftsrechtliche Auffassung vertreten. Auch nach der wirtschaftlichen Betrachtung des Steuerrechts müsse die gesellschaftsrechtliche Grundlage des Ergebnisabführungsvertrages bejaht werden. Es handle sich nicht um ausgeglichene gegenseitige Verträge. Die Gewinnübernahme erfolge, weil der Vertragspartner Hauptaktionär sei. Das sei von entscheiden-

---

27) Ähnlich unklar drückt sich Würdinger in DB 58, 1447 aus: es handle sich um ein gesellschaftsrechtliches, kein schuldrechtliches Verhältnis beim Gewinnabführungsvertrag.

28) aaO, S. 325; offenbar ähnlich wie hier aber Erlinghagen, aaO, S. 106

29) BB 57, 1232 30) Gutachten zur Dividendengarantie in BStBl 1957 III S.139

31) Steuerberater-Jahrbuch 1958/59, 283ff

der Bedeutung für die Beurteilung des Rechtsproblems. Daraus ist bereits ersichtlich, daß der BFH, ohne die systematische Frage der Rechtsnatur des Vertrages zu erörtern, nur die gesellschaftsrechtliche Grundlage des Vertragsschlusses erfassen will. Deutlich kommt dies auch bei der Bewertung der Dividendengarantie zum Ausdruck, die ebenfalls eine Auswirkung des Gesellschaftsrechts darstelle. Das entspricht BALLERSTEDTs und FLUMEs Gedankengang, doch muß betont werden, daß der Schluß von gesellschaftsrechtlicher Grundlage auf gesellschaftsrechtliche Rechtsnatur nicht zwingend ist. Die Rechtsnatur bedarf einer selbständigen Prüfung. Das zeigt sich vor allem dann, wenn ein Ergebnisabführungsvertrag mit einem unabhängigen Dritten geschlossen wird. Dieser Fall muß bei einer systematischen Betrachtung mit erfaßt werden. Bei ihm kann aber mangels gesellschaftsrechtlicher Grundlage von dorther keine gesellschaftsrechtliche Rechtsnatur abgeleitet werden. Auch die Feststellung des BFH, es handle sich um keine ausgeglichenen gegenseitigen Verträge, rechtfertigt noch nicht ohne weiteres den Schluß auf den gesellschaftsrechtlichen Charakter. Es gibt auch einseitige schuldrechtliche Verträge.

II) Der Organschaftsvertrag als unternehmensrechtlicher Vertrag.

ERLINGHAGEN[32] wendet sich mit Vorsicht gegen die gesellschaftsrechtliche Natur des OrganschaftsVes, soweit darin wie bei FLUME die Vorstellung von der Aufgabe des Eigenlebens der i.P. zum Ausdruck kommen solle. Aber auch die schuldrechtlichen Elemente kennzeichneten ihn nicht zutreffend. Man müsse die Organschaft in ihrer vielgestaltigen Auswirkung auf die verschiedensten Rechtsgebiete begreifen, wie bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Wettbewerbs-, Patent- und Steuerrecht, sowie Gesellschafts- und Unternehmensrecht. Allenfalls könne man von einem "unternehmensrechtlichen Vertrag" sprechen. Diese Einordnung hat FLUME vermieden, obwohl auch er die unternehmensrechtliche Natur der Organschaft als solcher betont. Unklar spricht sich SCHILLING[33] für eine Zuordnung der Konzernverträge zum "Gesellschaftsrecht und Unternehmensrecht" aus.

1) Der Begriff des Unternehmensrechts hat in den vergangenen Jahren stärkere Anerkennung erfahren. Nur vereinzelt erheben sich noch Stimmen, die ein systematisches Interesse an der Abgrenzung von Gesellschaftsrecht und Unternehmensrecht verneinen.[34] Hinderlich ist der begrifflichen Erfassung, daß bereits der Un-

---

32) aaO, S. 108

33) JZ 57, 529ff

34) Wiethölter, Interessen, S. 30: die Trennung hänge vom Systematisierungsbedürfnis des einzelnen ab.

ternehmensbegriff keiner eindeutigen Definierung zugänglich ist.[35] Man wird jedoch der vorsichtig wägenden Analyse zustimmen können, die BALLERSTEDT als Berichterstatter der unternehmensrechtlichen Studienkommission des DJT vorgetragen hat.[36] Nach Ansicht der Kommission bietet der Begriff des "Unternehmensrechts" einen "systematischen Ansatzpunkt, Unternehmer, Kapitalseigner und Arbeitnehmer als jeweils in besonderer Weise Beteiligte und Mitträger zu würdigen".[37] Die gesellschaftsrechtliche Behandlung erfasse das Unternehmen nicht in seiner Ganzheit, sondern nur von der Seite der Unternehmer und Kapitalseigner. Das Gesellschaftsrecht ordne sich demnach systematisch in das Unternehmensrecht als Unterfall ein. Es gewährleiste vor allem die vermögensrechtliche Einheit des Unternehmens nach außen, bei Kapitalgesellschaften in Form der j.P. Ähnlich hat BALLERSTEDT in jüngerer Zeit[38] ausgeführt: das Unternehmen werde teils als Inbegriff der Tätigkeit des oder der Unternehmer (so vor allem im Recht der Personalgesellschaften) teils als Bestand sachlicher Mittel, als Objekt der Kapitalbeteiligung oder der Haftung (so besonders im Recht der Kapitalgesellschaften) behandelt. Seine dritte Seite, die Bedeutung als personale Gemeinschaft der im Dienste des Unternehmenszwecks miteinander arbeitenden Menschen, dürfe, wie die Mitbestimmung zeige, nicht nur dem Arbeitsrecht zugewiesen werden. Das

---

35) Er wird in der Richtung zu suchen sein, wie sie Ballerstedt, JZ 51, 487 im Anschluß an J.v.Gierke, ZHR 111 (1946), 1ff (5 u. 7) vorgezeichnet hat: als "Wirtschaftseinheit" mit "sich gegenseitig vielfach durchdringenden Seiten": der Betriebstätigkeit (als Inbegriff der unternehmerischen Betätigungen und Leistungen), dem dadurch geschaffenen Tatigkeitsbereich (d.i. die organisatorisch-zweckhafte Einheit der dem Unternehmen gewidmeten Sachen und Rechte einschließlich der Verbindlichkeiten) und der personenrechtlichen Gemeinschaft des Unternehmens als auf der gemeinsamen Arbeit beruhendes soziales Gebilde. Vgl. auch Nipperdey, Wirtschaftsrecht, HDW, Bd. II, S. 1587 und Fechner, Das wirtschaftliche Unternehmen in der Rechtswissenschaft, Antrittsvorlesungen der Universität Bonn, Heft 7, 1942, bes. S. 13, 16f, der sich für die Schaffung eines klaren Unternehmensbegriffes i.S. eines "konkreten Allgemeinbegriffes" einsetzt.

36) s. Untersuchungen zur Reform des Unternehmensrechts (DJT), Bericht Ballerstedt, S. 18f. Ebenso Ballerstedt, DB 57, 840.

37) Ganz ähnlich versuchte Netter, ZBH Bd 2 (1927), S. 61ff, bes. 64, ein systematisches Konzernrecht vom Ansatzpunkt der "gemeinsamen wirtschaftlichen Zweckbestimmung" her zu entwickeln, betonte jedoch S. 141 den gesetzlichen Primat des Aktienrechts vor dem Konzernrecht.

38) Ballerstedt, bei Arndt, Konzentration, Bd. II, S. 871ff, hier 881; ebenso in: Aktienrechtsreform und Unternehmensverfassung, in Frankfurter Publizitätsgespräch, S. 35ff, bes. S. 37.

Unternehmensrecht sei der systematisch richtige Ort für die Erfassung des Unternehmens in allen drei Seiten, von denen zwei herkömmlich im Gesellschaftsrecht zur Geltung kämen. Unternehmensrecht stehe somit nicht im Gegensatz zum Gesellschaftsrecht, sondern sei der umfassendere, das Unternehmen als Element der Sozialordnung widerspiegelnde Begriff.

Dieser vorherrschenden Auffassung hat neuerdings WIETHÖLTER[39] widersprochen. Er meint, während das Aktiengesellschaftsrecht wesentlich Leitsatzrecht für die Organisation der AG im allgemeinen sei, sei das Unternehmensrecht - im Rahmen des Aktienrechts (!) - Recht der organisierten Einheiten. Man dürfe aber nicht etwa das Gesellschaftsrecht für systematisch unfähig ansehen, z.B. die Mitbestimmung zu bewältigen, auch wenn diese ihren Sitz im "Unternehmen" habe. Aktiengesellschaftsrecht und Unternehmensrecht seien nicht zwei getrennte, sondern konzentrische Kreise mit dem Unternehmen als Mittelpunkt, mindestens aber zwei sich schneidende Kreise. Beide Rechtsbereiche seien daher in Wirklichkeit nur zwei Aspekte desselben Instituts: der AG.

Einer derartigen Gleichsetzung (mit Anklängen sogar an eine Überordnung des Gesellschaftsrechts über das Unternehmensrecht)[40] kann nicht gefolgt werden. Der Ansatzpunkt bei der AG ist offenbar zu eng. Der Weg führt mit BALLERSTEDT vom weiteren Kreis der vielfältigste Rechtsform tragenden Unternehmen zu dem engeren Kreis der in der Rechtsform der AG organisierten Wirtschaftseinheit eines bestimmten Unternehmens und nicht umgekehrt.

2) UVe sind Musterfälle unternehmensbezogener Rechtsgeschäfte. Sie erfassen, wie im folgenden noch genauer zu zeigen sein wird, die zugeordneten Unternehmen in ihrer ganzen komplexen Gesamtheit, d.h. hinsichtlich des Tätigkeitsbereichs (sachlicher Bestand), hinsichtlich der Betriebsgemeinschaft (insbesondere im Verhältnis Arbeitgeber - Arbeitnehmer, - personaler Bereich -) sowie hinsichtlich der Betriebstätigkeit (vor allem der unternehmerischen Grundsatzentscheidungen). D.h. sie beeinflussen das Unternehmen in allen jenen drei Bereichen, die das Unternehmensrecht systematisch koordinieren will. Das rechtfertigt es, sie als (sogar typische) Erscheinungen des Unternehmensrechts anzusehen.

Die Feststellung ihrer unternehmensrechtlichen Rechtsnatur ist indes nur von be-

---

39) aaO, S. 27ff, bes. 31

40) Übrigens dürfte wohl auch Erlinghagen, aaO, S. 108, Unternehmensrecht und Gesellschaftsrecht gleichwertig sehen (vgl. oben zu Anfang dieses Abschnitts) und ebenso scheint Schilling, JZ 57, 529ff, sie auf dieselbe Ebene zu stellen, da er den Konzern als "schwankende Gestalt zwischen Gesellschaftsrecht und Unternehmensrecht" auffaßt.

schränktem Wert. Solange das Unternehmensrecht nur einen "Ansatzpunkt" bietet und keinen anerkannten Bestand fester Regeln aufweist, lassen sich aus der Qualifizierung keine unmittelbaren praktischen Folgerungen herleiten. Mangels gesetzlicher Festlegung einer Unternehmensverfassung, über deren Inhalt sich indes gemeinsame Vorstellungskerne herauszubilden beginnen,[41] lassen sich auch keine Aussagen über mögliche Strukturverschiebungen in der Unternehmensverfassung durch den Abschluß von UVen machen. Gleichwohl kommt der Einordnung nicht nur theoretischer Systematisierungswert zu. Sie bildet vielmehr die Grundlage, die vielfältigen Ausstrahlungen eines UVs auf die einzelnen, irgendwie einen Bezug zum Unternehmen aufweisenden Rechtsgebiete (bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Wettbewerbsrecht, Steuerrecht, etc.) dogmatisch zu begründen[42] und ist daher insoweit bedeutungsvoll. Darüber hinaus trägt sie jedoch nicht zur Klärung der Frage bei, ob die UVe zwischen j.Pen schuldrechtlichen oder körperschaftsrechtlichen Charakter besitzen. Sie erübrigt diese Frage indes auch nicht. Denn gemäß den oben getroffenen Feststellungen ordnet sich das Privat- und Gesellschaftsrecht systematisch dem Unternehmensrecht unter. D.h. die Qualifizierung der UVe als unternehmensrechtliche Verträge stellt eine übergeordnete, zusätzliche Erfassung dar; primär und im untergeordneten Bereich kann ein UV zugleich schuld- oder satzungsrechtlicher Vertrag sein. Wie schon in der Einführung bemerkt, soll das letztere Problem den Kernpunkt der Arbeit bilden.

III) Unternehmensverträge als deklaratorische Verträge.

MESTMÄCKER[43] begnügt sich aufgrund der allgemeinen Beobachtung, daß Konzerneingliederungsverträge regelmäßig mit einem Großaktionär abgeschlossen werden, mit der Feststellung, es handle sich um deklaratorische, nicht konstitutive Verträge. FRIEDLÄNDER formuliere zu Recht, der Vertragschluß sanktioniere stets nur die wirtschaftliche Einheit.[44] Die gesellschaftsrechtliche Machtlage sei

---

41) vgl. zu der Auseinandersetzung um die systematischen Standorte und Bezugspunkte von Privatrecht (besonders Gesellschaftsrecht), Unternehmens- bzw. Unternehmensverfassungsrecht und Wirtschaftsverfassungsrecht Ballerstedt, JZ 51, 486ff, Frankfurter Publizitätsgespräch, S. 38ff, Kohler, JZ 53, 713ff, JZ 56, 137ff und ZgStW 115 (1959), S. 716ff, Mestmacker, aaO, S. 34ff, Wiethölter, aaO, S. 27ff, Raiser, Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem, Festschrift für J.v.Gierke, 1950, S. 181ff, Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, Karlsruhe 1961, S. 7ff, Spieker, JZ 62, 721ff.

42) wobei bisher nur im Steuerrecht klargestellt ist, wann der Abschluß eines UVs (steuer-) rechtliche Wirkungen entfaltet. Zum Wettbewerbsrecht vgl. § 23 GWB. Eine Fülle von Fragen stellt sich im Arbeitsrecht und Recht des gewerblichen Rechtsschutzes. Wann bewirkt ein UV eine rechtlich anzuerkennende Unternehmenseinheit?

43) aaO, S. 325

44) Konzernrecht, S. 103

die "causa" der Verträge auf Konzerneingliederung. Die Bedeutung der Vereinbarungen liege überwiegend darin, daß sie die Rechtsbeziehungen, ohne sie zu schaffen, klar bezeichneten. Aus der entsprechenden Feststellung heraus, daß der Unterwerfungsvertrag ja nur "einen bereits bestehenden Zustand umschreiben würde", hält SILCHER[45] die Einführung dieses Vertragstyps für wenig sinnvoll.

Diese Auffassung erscheint aus mehreren Gründen unzutreffend. Erstens brauchen UVe und auch konzerneingliedernde Verträge schon begrifflich nicht mit dem Hauptaktionär abgeschlossen zu werden (so auch die Auffassung des Amtl. E). Zum zweiten kann den Verträgen schwerlich die Wirkung aberkannt werden, eine bestehende faktische Konzernmacht zu verrechtlichen und damit zu festigen. Der Konzern wird auf eine neue Grundlage gestellt. Das anerkennt MESTMÄCKER im Grunde selbst, wenn er die überkommene Gegenüberstellung von Beteiligungskonzern und Vertragskonzern beibehält[46] sowie an anderer Stelle[47] ausdrücklich als Vertragszweck die Festigung der gesellschaftsrechtlich begründeten Machtstellung bezeichnet. Es ist deshalb widersprüchlich, wenn er ausführt, Verträge zwischen bereits verflochtenen Gesellschaften hätten ihre interessenausgleichende und ordnende Funktion verloren.[48] Gibt der Großaktionär seine Mehrheitsbeteiligung auf oder endet eine personelle Verflechtung, fällt der Vertrag nicht einfach hin, sondern entfaltet seine selbständige Bedeutung als nunmehr alleiniger Träger des Konzernzusammenhangs. Zur Lösung ist eine Kündigung des Vertrags erforderlich. Im Zweifel kann diese nur befristet erfolgen, da der bloße Wegfall der faktischen Konzernherrschaft noch keinen wichtigen Grund zur fristlosen Auflösung darstellt. Schließlich und vor allem bietet MESTMÄCKERs Vorschlag keine systematische Lösung. Denn daß ein Vertrag, wirtschaftlich betrachtet, nur feststellende Wirkung hat, besagt über seine Einordnung in die Vertragstypenlehre nichts.

IV) Der Organschaftsvertrag als Organisationsvertrag.

1) Der Organisationsvertrag in der Systematik der Vertragslehre.

a) Der Organisationsvertrag (OV) stellt einen Typus der funktionalen Betrachtungsweise dar, wie sie von RAISER[49] im Gegensatz zur herkömmlichen, am Entstehungsvorgang des Vertrages orientierten Zivilrechtsdogmatik entwickelt worden ist. Nach ihr lassen sich folgende vier Funktionsgruppen des Vertrages unterscheiden: Verpflichtungs-, Verfügungs-, Organisations- und Normenverträge. Der Or-

---

45) Verh. des 42. DJT, Disk. F 96 46) aaO, S. 113, ebenso S. 118 und 165
47) aaO, S. 365 48) aaO, S. 365 (Sperrung des Verf.)
49) Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit in Festschrift zum 100j. Bestehen des DJT (100 Jahre Deutsches Rechtsleben), S. 101ff.

ganisationsvertrag ist auf die Gründung von Körperschaften gerichtet. Früher war bestritten, ob es sich bei derartigen Konstitutivakten überhaupt um Verträge handle oder nicht vielmehr eine besondere Form der Einigung vorliege. Die heutige Lehre[50] betont indes einmütig den Vertragscharakter des Gründungsvorgangs und stellt sich damit gegen die Gesamtakttheorie GIERKEs. In der Tat hält, wie RAISER betont, die Lehre von der Gleichgerichtetheit der Willensbekundungen beim Gründungsakt einer phänomenologischen Nachprüfung nicht stand. Genau wie beim normalen Vertrag konnten die Gründer gegenläufige Interessen haben. Im Wege des Aushandelns einigten sie sich sodann auf die Herbeiführung eines bestimmten rechtlichen Erfolges. Diese Einigung wird beim Vertrag nach herkömmlicher Form durch Abgabe korrespondierender Willenserklärungen bewirkt. Theoretisch gesehen wäre die Rechtsdogmatik durch nichts gehindert gewesen, auch den normalen Vertrag als das Produkt gleichgerichteter Willen aufzufassen. Daß sich das Bild (!) von den korrespondierenden Vertragserklärungen durchgesetzt hat, beruht nicht auf einer apriorischen Richtigkeit, sondern stellt ein rein geschichtliches Faktum der Dogmatik dar. Es besteht daher kein Anlaß, bei Körperschaftsgründungsakten den Einigungsvorgang abweichend zu erklären.

Der terminus "Organisationsvertrag" stammt von WÜRDINGER,[51] wurde von ihm früher allerdings auf den Gesellschaftsvertrag nach §§ 705ff BGB angewendet. Er ist noch nicht allgemein geläufig; neben RAISER hat ihn z. B. LEHMANN[52] aufgegriffen. Teilweise wird von "sozialrechtlicher Einigung"[53] oder nur vom "Gründungsvertrag"[54] gesprochen. Letztere Bezeichnung ist, wie sich zeigen wird, zu eng.

b) Das Wesen des Organisationsvertrags.

Mit der Charakterisierung des OVes hat sich eingehend WÜRDINGER[55] befaßt und die in der unmittelbaren Schaffung oder Änderung der Verbandsstruktur liegende Wirkung klar herausgearbeitet. Seine beschreibenden Ausführungen bedürfen keiner Ergänzung. Dagegen erfordert eine Auseinandersetzung seine Auffassung, der OV setze im Gegensatz zum schuldrechtlichen Vertrag "causalose objektive Normen".

---

50) vgl. die in Anm. 52-54 angegeb. Lit., weiter Düringer-Hachenburg, aaO, § 182 Anm. 20 (Bing), Schlegelberger-Quass., aaO, § 2 Anm. 7

51) Recht der Personalgesellschaften, S. 42

52) Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1959, S. 37. Abl. Esser, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960, S. 717; diese Bezeichnung stelle die Aufbaufrage zu sehr in den Vordergrund.

53) J. v. Gierke, Handelsrecht, 8. Aufl. 1958, S. 172

54) Enneccerus-Nipperdey, 15. Aufl. Bd I 1959, § 106, II; vgl. auch die bei Raiser, aaO, S. 109 angeführte Lit.

55) Aktienrecht, S. 206ff, Schmidt-Festschrift, S. 290ff

aa) Mit der Kennzeichnung "causalos" wollte WÜRDINGER offenbar eine Trennungslinie zum kausalen Schuldvertrag ziehen. Es soll klargestellt werden, daß keine der herkömmlichen causae für den OV zutrifft. Das ist auch richtig. Der OV wird von keiner der beiden Seiten donandi, acquirendi oder solvendi causa geschlossen. Das käme nur in Frage, wenn er ein Zuwendungsgeschäft darstellte. Diese Ansicht wäre jedoch verfehlt. Man darf sich nicht zu ihr verleiten lassen, weil der OV z.B. für die abh.Ges. die Verpflichtung begründet, ihren Gewinn abzuführen und Weisungen zu befolgen. Diese Pflichten entstehen - wenigstens zunächst - rein als interne Satzungspflichten.[56] Die Eigenart des OVs, gestaltend auf die interne Verfassung der j.P. einzuwirken, verbietet es, in seinen Festsetzungen (zugleich) Zuwendungen an die h.P. zu erblicken.[57]

Der OV enthält gleichwohl eine Zweckvereinbarung. In der Dogmatik ist anerkannt, daß die Kausalbezogenheit keine ausschließliche Eigenart der reinen Schuldverträge ist. Auch viele Geschäfte mit rechtsgestaltender Wirkung tragen den Zweck und den Rechtsgrund ihres Abschlusses in sich, so Testamentserrichtung, Eheschließung, Adoption.[58] Im Gegensatz zu den Zuwendungsgeschäften ist bei ihnen rechtlich relevant nur der Zweck der abgegebenen Willenserklärungen, diejenige Rechtswirkung zu begründen, auf deren Erzeugung sie unmittelbar gerichtet sind.[59] Auch Statusverträge enthalten also eine Zweckvereinbarung in diesem engen Sinn, welche ebenso "vertragscharakteristisch" ist wie diejenige der schuldrechtlichen Vertragstypen des BGB.[60] Solch eine Zweckvereinbarung ist auch beim OV vorhanden als einem "Statusvertrag" im weiteren Sinn.[61] Übereinstimmender Zweck ist, den Dritten in den verfassungsmäßigen Aufbau der j.P. als Träger von Rechten und Pflichten in bestimmter Weise einzubeziehen unter Begründung einer entsprechenden Verfassungsstellung der abh.Ges. Damit enthält der OV eine Zweckvereinbarung der Parteien über eine bestimmte gesellschaftsrechtliche Kräfteverteilung. Vertragszweck ist es, eine bestehende gesellschaftsrechtliche Machtstellung der h.P. über den Weg satzungsmäßiger Festlegung zu verrechtlichen bzw. eine solche Mit- oder Vorherrschaft zu begründen. Scharf zu unterscheiden von dieser Zweckvereinbarung ist die "causa der gesellschaftsrechtlichen Machtlage", von

---

56) vgl. unten 3f, aber auch § 10

57) Dabei wird mit Ennecc.-Nipp., Bürg.R, AT, 15. Bearb. 1960, § 148 I, davon ausgegangen, daß eine Zuwendung bei den schuldrechtlichen Geschäften bereits in der Begründung der Forderung liegt.

58) Esser, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960, § 15/1

59) Ennecc.-Nipp., aaO

60) vgl. hierzu Esser, aaO, § 14/1cff

61) Man könnte sogar - in Parallele zu den Schuldverträgen - auch von OVen mit lebenstypischen Geschäftszwecken (vgl. Esser, aaO, § 14) sprechen, etwa bei einem solchen, der eine Organschaft begründet.

der MESTMÄCKER einmal, allerdings in Parenthese, sprach.[62] Rechtsgrund in diesem Sinne würden die faktischen Kräfteverhältnisse zwischen den Vertragspartnern darstellen. Diese bleiben aber unbeachtliches[63] beiderseitiges Motiv.

Bedarf somit die Auffassung von der "Causalosigkeit" ihre erste Einschränkung, so folgt eine zweite notwendig daraus, daß der OV in vielen Fällen Grundlage einer Zuwendung von der abh. an die h.P. sein wird, insbesondere im Fall organisatorischer Gewinnabführung. Soll die h.P. den Gewinn sine causa, mit der nur durch § 242 auszuschließenden[64] Möglichkeit der Kondiktion, erhalten? Die zunächst sich aufdrängende Lösung, in der vorher genannten Zweckvereinbarung auch eine "causa" i.S. des § 812 BGB zu erblicken, ist abzulehnen. Mit ihrer Annahme verlöre der OV seine wesentliche Eigenart gegenüber dem kausalen Schuldvertrag. Der Inhalt seiner Zweckvereinbarung ist ausgeschöpft, wenn - an einem konkreten Beispiel - die Zuordnung der abh.Ges. Satzungspflicht geworden ist. Die anschliessende Durchführung bedarf im Verhältnis zur h.Ges. einer besonderen Grundlage. Man wird zu diesem Zweck, da keine der herkömmlichen causae zutrifft,[65] nicht umhin können, eine neue selbständige "causa der organisationsvertraglichen Zuweisung" anzuerkennen. Damit stellt auch der OV ein Rechtsgrundgeschäft dar. Daß es sich um keines im überlieferten Sinn handelt, wird durch das selbständige Nebeneinander von Zweckvereinbarung und Rechtsgrund der Zuweisung deutlich.

bb) Bedenken richten sich auch gegen WÜRDINGERs Verwendung des Begriffs "objektive Norm". Diese Qualifizierung sollte, in Übereinstimmung mit RAISER,[66] nur dem staatlich gesetzten Recht und dem Gewohnheitsrecht vorbehalten bleiben. Wie RAISER ausführt, bestehen in der Gesamtrechtsordnung von "unten" her eine Vielzahl partikulärer, selbständiger Rechtsordnungen, die alle Recht schöpfen. Das Prinzip der Vertragsfreiheit kann man danach etwa als "Dezentralisation der Rechtserzeugung" bezeichnen. Die Vertragsparteien bzw. die Schöpfer einer Gesellschaftssatzung stellen somit eine Rechtsgemeinschaft dar, die innerhalb der staatlichen übergeordneten Rechtsgemeinschaft "nicht bloß in Durchführung oder Konkretion dieser Rechtsordnung, sondern nach Ursprung und Inhalt selbständig"

---

62) aaO, S. 325

63) Für diese Unbeachtlichkeit kann es keine Ausnahme geben. Die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage, besonders infolge beiderseitigen Motivirrtums, ist unanwendbar. In Frage kommt nur fristlose Kündigung (vgl. dazu unten 3 a).

64) Die abh. j.P. verstieße gegen Treu und Glauben, forderte sie zurück, was sie auf Grund ihrer eigenen Verfassung sofort wieder an die h.P. zurückgeben müßte.

65) Die causa "solvendi" setzte eine der h.P. gegenüber bestehende Leistungspflicht, nicht nur eine interne Satzungspflicht, voraus.

66) Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935, S. 71ff, hier S. 75

Recht setzen, nämlich das Recht, die lex einer (ihrer) partikulären Ordnung. Es sind "Rechtskreise mit eigenen Ordnungen". Jedoch - und hierin liegt das Entscheidende - handelt es sich bei dieser Betrachtungsweise nach RAISER um eine rechtssoziologische, die von der rechtsdogmatischen scharf abzugrenzen ist. In der Antithese objektives Recht - Rechtsgeschäft gehöre alles Recht, das Bestandteil einer partikulären Ordnung sei und als solches in den Voraussetzungen seiner Geltung vom Staat abhängig und von ihm mit Durchsetzungsgarantie versehen sei (also alles Recht, das der sog. Privat- oder Parteiautonomie angehört) auf die Seite des Rechtsgeschäfts.[67] So verhalte es sich auch mit dem Vertrag und der Verbandssatzung. Von dieser Auffassung her muß WÜRDINGERs Einordnung des OVes als objektive Norm als unzulässige Vermengung der rechtssoziologischen mit der rechtsdogmatischen Betrachtungsweise erscheinen.

Aufrechterhalten werden kann jedoch der Normbegriff. Denn beim körperschaftsrechtlichen OV, etwa der Satzung einer AG, ist eine Parallele zur objektiven Norm gegeben. Sie besteht, wie WÜRDINGER ausführt, darin, daß, anders als etwa bei Gesellschaftsverträgen nach §§ 705ff BGB, (körperschaftliche) Rechte und Pflichten nicht mit Vertragsschluß, sondern erst mit Erfüllung des Normtatbestandes (Mitgliedschaft, Organstellung, etc) entstehen. Der Vergleich mit der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft ist allerdings nicht ganz glücklich gewählt. Denn gerade bei ihr, in ihrer Nähe zum OV,[68] ergeben sich entsprechende Gestaltungen wie bei j.Pen, wenn etwa eine nach dem Gesellschaftsvertrag bestellte Gesellschafterversammlung eines ihrer Mitglieder zum geschäftsführenden Gesellschafter wählt. Auch hier beruht das Geschäftsführungsrecht nicht unmittelbar auf dem Gesellschaftsvertrag, sondern ist von der Wahl abhängig, somit von der Erfüllung eines im Gesellschaftsvertrag gesetzten Normtatbestandes. Der Unterschied wird deutlicher im Vergleich zu einem normalen schuldrechtlichen Vertrag, etwa einem Kaufvertrag. Mit Vertragsschluß ist der Verkäufer zur Übereignung der Ware verpflichtet. Mit Abschluß des OVes (Feststellung der Satzung einer AG) erlangt noch kein Aktionär oder kein Mitglied eines gesetzlichen Organs seine Rechtsstellung. Der Aktionär muß beitreten, das Vorstandsmitglied gewählt werden und die Wahl annehmen. Dadurch wird der vom (Gesetz und) der Satzung abstrakt vorgezeichnete Tatbestand erfüllt und die vorgesehenen Rechtsfolgen treten ein. Auch bei den Gründern der Gesellschaft, deren Rechte ja mit der Eintragung der Gesellschaft ohne weitere Rechtshandlungen entstehen, liegt nur eine scheinbare Ausnahme vor. Sie erfüllen lediglich begrifflich die Normvoraussetzungen bereits mit Abschluß

---

67) vgl. auch Sieg, AcP 151, 233, der zu Recht vor zu großer Ausweitung des Autonomiebegriffs warnt, zu dem die Parteiautonomie nicht gehöre. Ähnlich Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927, S. 140f.

68) vgl. unten § 7 III 1

des normsetzenden Vertrages. Es ist hier auch nicht möglich, wie etwa bei den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die Konstruktion als Vertragsbestandteil nach § 157 BGB die vorliegende vertraglich begründete Satzungsordnung als in das Rechtsgeschäft mit einbezogen zu verstehen, das die Mitgliedschaft oder Organstellung herbeiführt. Der Aktienkäufer oder das die Wahl annehmende Vorstandsmitglied bewirkt damit nicht eine unmittelbare rechtsgeschäftliche Begründung seiner Rechts- und Pflichtenstellung innerhalb der Gesellschaft. Diese entsteht als Folge der Erfüllung der Normvoraussetzungen. Es ist insoweit beispielsweise kein Unterschied zum (öffentlich-rechtliche) Rechsnormen setzenden Tarifvertrag zu finden, bei dem auch erst der Beitritt zur Tariforganisation die Rechte und Pflichten eintreten läßt.[69] Insofern scheint die Ziehung einer Parallele zwischen OV und Norm gerechtfertigt.

2) Der Anwendungsbereich des Organisationsvertrags.

a) Anerkannte Organisationsverträge des geltenden Rechts.

Das geltende Recht kennt als OV zunächst die Satzung der AG.[70] Der umfangreiche Theorienstreit um ihre Rechtsnatur mag hier auf sich beruhen, die Vertragsnatur sollte, wie oben ausgeführt wurde, heute nicht mehr zweifelhaft sein.

WÜRDINGER[71] rechnet auch den Verschmelzungsvertrag hierher. Er gestalte die internen gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse der beteiligten Gesellschaften mit Vollzug der Verschmelzung unmittelbar insoweit, als das Gesetz ihm diese Wirkung beilege. Er ergänze das Gesetz durch eine objektive normative Regelung. Diese bestimme zunächst das übergehende Vermögen, dann das Umrechnungsverhältnis der Mitgliedschaften bei der alten Gesellschaft zu den bei der übernehmenden Gesellschaft bzw. eventuelle Ausgleichszahlungen. Der Vermögensübergang und der Erwerb der Mitgliedschaften an der übernehmenden Gesellschaft seien organisatorische Vorgänge, die sich ipso iure auf der Grundlage des Gesetzes und der ergänzenden Normen des Verschmelzungsvertrages vollzögen.

Dieser Auffassung ist auch RITTER.[72] Der Verschmelzungsvertrag sei ein körperschaftsrechtlicher Vertrag, auf den gegebenenfalls Schuldrecht sinngemäß anzuwenden sei. von GODIN-WILHELMI[73] betonen ebenfalls mehr die körperschaftsrechtliche Natur. Der Vertrag erzeuge zwar zunächst nur obligatorische, in Verbindung mit der Eintragung dann aber auch dingliche Wirkungen in vermögensrechtlicher und gesellschaftsrechtlicher Beziehung. Die wohl noch vorherrschende

---

69) vgl. § 3, I TVG

70) Würdinger, Aktienrecht, S. 104, Lehmann, Gesellschaftsrecht aaO, S. 37

71) Aktienrecht, S. 279ff, Schmidt-Festschrift, S. 290ff

72) AktG, § 235 Anm. 2, § 238 Anm. 2 73) AktG, § 235 Anm. 1

schuldrechtliche Charakterisierung wird u.a. von SCHLEGELBERGER-QUASSOWSKI[74] und BAUMBACH-HUECK[75] vertreten. HUECKs Begründung, der Verschmelzungsvertrag lasse sich mit dem Gesellschaftsvertrag nicht auf eine Stufe stellen, da er nichts Neues schaffe, sondern lediglich Bestehendes in eine neue Form giesse, verkennt, daß eine derartige Statusänderung eben eine Verfassungsänderung darstellt. Unklar ist die Auffassung BÖTTCHER-MEILICKEs,[76] es handle sich um einen Vertrag mit schuldrechtlichen und körperschaftsrechtlichen Bestandteilen und Wirkungen. Prinzipiell liege ein gegenseitiger Vertrag nach den §§ 320ff BGB vor; sein körperschaftsrechtliches Wesen bestehe darin, daß die HVen zuzuziehen seien und daß die Eintragung auch gesellschaftsrechtliche Wirkungen, nämlich die Auflösung der übertragenden Gesellschaft, zur Folge habe. Dem ist entgegenzuhalten, daß die Beiziehung der HV ebensogut zu einem wichtigen schuldrechtlichen Vertrag vorgeschrieben sein könnte. Als Indiz für eine körperschaftsrechtliche Auffassung des Gesetzgebers ist sie sowenig wie bei § 256 AktG zu verwenden, zumal diese Auffassung für die Dogmatik nicht bindend wäre. Die gesellschaftsrechtliche Wirkung schließlich erschöpft sich nicht in der Auflösung der übertragenden Gesellschaft.

Insgesamt ist WÜRDINGERs gesellschaftsrechtlicher Auffassung beizupflichten. Im Verschmelzungsvertrag werden unmittelbare Gestaltungen des Verfassungsrechts vor allem der übertragenden Gesellschaft getroffen. Eintragungszwang und Erfordernis qualifizierter Zustimmung der HV decken sich mit dieser Ansicht. Notwendiger organisatorischer Inhalt ist die Vereinbarung der Vermögensübertragung als Ganzes unter Ausschluß der Abwicklung sowie die Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft. Fakultativ und der organisatorischen Freiheit der Partner unterliegend ist die Feststellung des Vermögensumfangs, des Umrechnungskurses und eventueller Ausgleichszahlungen. Der Anspruch auf Aktienzuteilung und Ausgleichszahlung ist somit körperschaftsrechtlicher Natur.

b) Die allgemeine Ersetzbarkeit der Satzungsänderung durch den Organisationsvertrag.

aa) WÜRDINGER[77] hat sich entschieden dafür ausgesprochen, die Beschränkung des OVs auf den Gründungsvorgang ("satzungsfeststellender OV") endgültig vollends zu überwinden, nachdem der Gesetzgeber im Verschmelzungsvertrag die Erwei-

---

74) § 246 Anm. 3; unklar allerdings § 233 Anm. 15: der Verschmelzungsvertrag sei ein "gesellschaftsrechtlicher Vorgang mit schuldrechtlichem Einschlag".

75) AktG, § 235 Anm. 1 B

76) Umwandlung und Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 5. Aufl. 1958, § 235 AktG Anm. 10 - 13.

77) Aktienrecht, S. 207, Schmidt-Festschrift, S. 290

terung bereits vorgezeichnet habe. Der OV soll anstelle der Satzungsänderung, mit gleicher Wirkung und unter gleichen Voraussetzungen, als satzungsändernder und satzungsergänzender Vertrag anwendbar sein. Gegen diese Ausdehnung seines Anwendungsbereichs könnten sich Bedenken daraus herleiten, daß auf diese Weise die j.P. selbst an der Gestaltung ihrer Verfassung beteiligt wird. Beim Gründungsvertrag konnte dieses Problem mangels Existenz der j.P. noch nicht auftauchen. Gegen die Mitwirkung der j.P. spricht die, seltsamerweise gerade von WÜRDINGER selbst an anderer Stelle[78] aufgestellte These, die j.P. könne nicht zugleich Vertragssubjekt und Vertragsobjekt sein. Die Anschauung einer Fülle täglicher Verträge lehrt indes das Gegenteil. Man denke nur an Dienstverträge, Eheschließungen und Adoptionen. Im übrigen scheint auf den ersten Blick die Beteiligung der j.P. nur formeller Natur zu sein, indem sie als Vertragspartner auftritt, während der HV als dem Hauptorgan die materielle Entscheidungsbefugnis beim Zustandekommen des Vertragsschlusses zukommt. Nun besteht aber beim Verschmelzungsvertrag die interessante Kontroverse, ob der Vorstand hier nur als Ausführungsorgan der HV tätig wird oder gleichberechtigt kraft eigener Organstellung in Wahrnehmung eines eigenen materiellen Interesses der j.P. an der Gestaltung ihrer Verfassung. von GODIN-WILHELMI[79] etwa billigen, entgegen der h.M., dem Vorstand ein solch selbständiges Mitwirkungsrecht zu, das sich aus §§ 70 und 243, 84 AktG ergebe. Die Vorstände der beteiligten Gesellschaften könnten demnach insbesondere durch formlose Einigung ohne entsprechende HV-Beschlüsse den Verschmelzungsvertrag rechtswirksam aufheben. Eine Blockierung des Vertragsschlusses sowie der Aufhebung kommt dagegen nach beiden Auffassungen in Betracht, da der Vorstand als alleiniges Vertretungsorgan sich weigern kann, die Vertragsurkunde bzw. den contrarius actus zu unterzeichnen. Gleichwohl würde auch in diesen Fällen der Weigerung intern erhöhtes Gewicht beizulegen sein, wenn man ein selbständiges Mitspracherecht annähme; ein Verstoß des Vorstandes gegen seine satzungsmäßigen Pflichten läge nicht schon in der Weigerung der Vollziehung als solcher. Die Auffassung von GODIN-WILHELMIs läßt sich jedoch nicht halten. Und zwar gerade wegen der im Gesetz klar zum Ausdruck kommenden Zuweisung jeglicher Verfassungsgestaltung an die HV. Das "Verfassungsinteresse" der j.P. wird durch die HV bestimmt, ein eigenes, durch die Verwaltung auszuübendes Gestaltungsinteresse wird vom Gesellschaftsrecht nicht anerkannt. Es ist daher klarzustellen, daß die Funktion des Vorstandes bei organisationsvertraglicher Verfassungsgestaltung auf die eines bloßen Ausführungsorgans der HV beschränkt ist. Aus der formellen Beteiligung der j.P. allein können aber keine Bedenken gegen die erweiterte Zulassung des OVes hergeleitet werden.

---

78) Aktienrecht, S. 201: eine j.P. könne sich daher nicht selbst als "j.P." verpachten.

79) AktG, § 235 Anm. 1

bb) Gegen WÜRDINGERs Vorstoß in dogmatisches Neuland sind auch sonstige Bedenken nicht ersichtlich. Irrelevant ist, daß der Gründungsvertrag ein mehrseitiger, der satzungsändernde OV ein zweiseitiger Vertrag ist und daß bei der Satzungsfeststellung, anders als beim OV, nur Aktionäre als Vertragspartner in Frage kommen. Im übrigen aber ist der OV als körperschaftsrechtlicher Akt den Kautelen der Satzungsänderung zu unterstellen. Er bedarf der qualifizierten Zustimmung der HV und der konstitutiv wirkenden Eintragung im Handelsregister. Im Gegenteil wird die Form des OVes den tatsächlichen Lebensverhältnissen eher gerecht, bei denen Satzungsänderungen häufig ihren Anstoß von außen erhalten und der Vorstand, wenn auch noch rechtlich unwirksam, den künftigen Satzungsinhalt mit dem Dritten festlegt und in Übereinstimmung mit diesem auf Durchführung einer entsprechenden Satzungsänderung dringt. Dieser Gestaltung entspricht am besten die Annahme eines schwebend unwirksamen Vertrages.

Die erweiterte Zulassung des OVs ist ein Novum in der bisherigen Dogmatik. Das theoretische System KRONSTEINs erfährt eine Fortbildung. Organisatorische Abhängigkeit kann nun nicht mehr nur durch interne Satzungsänderung begründet werden, sondern auch kraft satzungsrechtlichen OVes zwischen abh. und h. P. Vertragsmäßige und satzungsmäßige Abhängigkeit stehen nicht mehr als Gegensätze nebeneinander, sondern werden zum Teil verschmolzen. Die Bezeichnung "vertragsmäßige Abhängigkeit" ist als "o b l i g a t o r i s c h vertragsmäßige Abhängigkeit" zu präzisieren, die organisatorische Abhängigkeit erfährt eine Zweiteilung in nichtvertragliche und vertragliche organisatorische Abhängigkeit.

cc) WÜRDINGERs Ausführungen zum OV sind offenbar de lege ferenda gemeint. Dem kann insoweit zugestimmt werden, als die erweiterte Zulassung des OVs, falls diese nicht schon nach geltendem Recht bejaht werden kann, mit Nachdruck zu fordern ist. Im übrigen aber soll zunächst dahingestellt bleiben, ob nicht bereits die Dogmatik des geltenden Rechts zu einer Feststellung von OVen über den Verschmelzungsvertrag hinaus führen muß. Das wird im 2. Teil der Arbeit bei der Untersuchung des Einflusses der konzerneingliedernden UVe auf die Verfassung der abh. j. P. zu prüfen sein.

3) Die rechtlichen Folgerungen aus dem Wesen des Organisationsvertrags.[80]

Wir haben oben hervorgehoben, daß die Besonderheit des OVs in der Setzung von (privatrechtlichen) Normen im Vertragswege besteht. Nun unterliegen Verträge als Rechtsgeschäfte des Allgemeinen Teiles des BGB ihren besonderen Bestimmungen, Normen ebenfalls (Auslegung, Geltungsbereich, richterliche Nachprü-

---

80) Wir haben diese Frage etwas zurückgestellt, weil erst jetzt auf Grund des umfassend erweiterten Anwendungsbereichs ihre eminent praktische Bedeutung hervortritt.

fung, etc). Damit entsteht eine Verquickung von Vertrag und Norm, wie sie SIEG[81] beim Tarifvertrag dogmatisch untersucht hat. Er fragt, inwieweit die Eigenständigkeit der Norm anerkannt werden kann und inwieweit man bei der Lösung von Zweifelsfragen auf den Entstehungstatbestand, den Vertrag, zurückgreifen könne und spricht in diesem Zusammenhang von einer "Reflexwirkung der vertraglichen auf die normative Sphäre und umgekehrt". Eine solche ist auch beim OV anzuerkennen. Ihr Umfang ist nach dem vom Tarifvertrag teilweise unterschiedlichen Wesen des OVs zu bestimmen, insbesondere ist zu beachten, daß der OV auch hinsichtlich seiner Normsetzung der Sphäre des privaten Rechts angehört. Im einzelnen gilt:

a) Als Vertrag kann der OV angefochten werden. Das gilt jedenfalls bis zur Eintragung ins Handelsregister. Mit der Eintragung jedoch ist die Norm objektiviert und vom Entstehungsvorgang gelöst. Es könnte gefolgert werden, es sei der Normreflex, der nunmehr eine Anfechtung mit rückwirkender Kraft verbiete und nur noch eine solche mit Wirkung ex nunc bzw. eine (fristlose) Kündigung zulasse. Auf diese Weise scheint die Rechtsprechung zur Anfechtung der Satzungsfeststellung[82] und die entsprechende h. Ansicht beim Verschmelzungsvertrag[83] ihre tiefere Begründung zu erfahren. Nicht die Vertrauensschutz bedingende Öffentlichkeitsrichtung privater Willenserklärungen, sondern der Normcharakter machte die Anfechtung unzulässig. Eine mit aller gebotenen Zurückhaltung vorgenommene Gegenüberstellung von privatrechtlicher und gesetzlicher Norm zeigt jedoch, daß diese Auffassung nicht haltbar ist. Trotz der Öffentlichkeitsrichtung jeder Norm gehört es nicht zu ihrem Wesen, nicht rückwirkend beseitigt werden zu können. Das zeigt eindeutig die Rechtsprechung des BVerfG[84] zur Zulässigkeit rückwirkender Gesetze (wobei die Rückwirkung gerade auch in der rückwirkenden Aufhebung einer Norm bestehen kann). Ihre Grenze findet die Rückwirkung nur am Vertrauensschutz. Damit sind wir aber wieder zu jenem Kriterium zurückgekehrt, das die Rechtsprechung des Handelsrechts bei der Satzungsanfechtung verwendet hat. Nur weil der OV wie die Satzung in der Öffentlichkeit Vertrauen erweckt hat und dieses Vertrauen als schutzwürdig angesehen wird, verbietet sich eine rückwirkende Anfechtung.

Zu der insbesondere im Recht der OHG erörterten Frage, ob eine Auflösung der Gesellschaft nur dann zulässig ist, wenn sich der Anfechtungs- (oder Nichtigkeits-)

---

81) AcP 151, 246ff

82) vgl. Baumbach-Hueck, AktG, 11. Auflage 1961, Üb 1 B vor § 16

83) Ritter, § 246 Anm. 1, v. Godin-Wilhelmi, § 238 Anm. II 2, Böttcher-Meilicke, § 243 Anm. 7; a.A. Schlegelberger-Quass., § 246 Anm. 5

84) vgl. etwa BVerfGE 1, 264; 3, 58; 7, 89

Grund auch jetzt noch als wichtiger Grund i.S.d. Kündigungsrechts darstellt,[85] ist auch für unseren Bereich der verneinenden Auffassung des BGH[86] zuzustimmen. Es genügt für das einseitige Sich-Lösen vom Vertrag, daß bei Vertragsschluß ein Anfechtungs- bzw. Nichtigkeitsgrund vorlag.[87] Dies muß schon deshalb gelten, weil es sich nach richtiger Ansicht auch jetzt noch um eine Anfechtung handelt, die allerdings kraft der ex nunc-Wirkung einer fristlosen Kündigung gleichkommt. Das berechtigt aber nicht, auf die Erfordernisse der letzteren abzustellen. Andernfalls würden über die bereits erfolgte Einschränkung des Anfechtungsrechts in der zeitlichen Wirkung hinaus auch noch dessen Zulässigkeitsvoraussetzungen zu Lasten des Anfechtungsberechtigten eingeengt werden. Aus Gründen der Klarheit sollte daher dort, wo es wie bei den OVen möglich ist, von Anfechtung und nicht von fristloser Kündigung gesprochen werden. Die Anfechtung wird im übrigen erst mit der Löschung der organisationsvertraglichen Regelung im Handelsregister wirksam.

b) Ein OV kann auch wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sein, § 138 BGB. Dabei sind allerdings Besonderheiten zu beachten, die sich aus dem Abschluß mit einer j.P. ergeben. Insbesondere kann eine Beschränkung der Handlungsfreiheit der j.P. als solcher nie eine sittenwidrige Knebelung bedeuten (vgl. unten § 6 I 1 b). Im einzelnen gilt: vor der Eintragung des OVs kann die Sittenwidrigkeit jederzeit geltend gemacht werden und der Antrag auf Eintragung im Handelsregister zurückgenommen werden.[88] Eine Aufrechterhaltung infolge vorheriger Durchführung des OVes entsprechend den Grundsätzen bei der faktischen Gesellschaft[89] kommt nicht in Betracht, da der OV vor der Eintragung nicht vollzogen werden darf. Nach der Eintragung ist zu unterscheiden: ergibt sich die Sittenwidrigkeit (wie regelmäßig) nur aus den Beziehungen der Vertragspartner untereinander oder eines der Vertragsschließenden zu Dritten, so wird sie wie ein Willensmangel behandelt, d.h. berechtigt zur Auflösung ex nunc. Ist dagegen der OV an sich sittenwidrig, so fordert das Allgemeininteresse ein Durchschlagen der Nichtigkeit

---

85) vgl. Baumbach-Duden, HGB, 15. Aufl. 1962, § 105 Anm. 8 H

86) BGHZ 3, 290 (gegen das RG)

87) außer wenn der Fehler im jetzigen Zeitpunkt wirklich allseits ohne Interesse ist; so zu Recht Baumbach-Duden, aaO.

88) Es ist umstritten, ob die Anmeldung zum Handelsregister in allen Fällen (auch bei deklaratorischer Eintragung) rechtgeschäftlichen Charakter hat. Fest steht jedoch, daß sie als gleichzeitige Verfahrenshandlung zwar nicht der Anfechtung wegen Willensmängeln unterliegt, jedoch vor der Eintragung (formlos) zurückgenommen bzw. widerrufen werden kann (Schlegelberger-Hildebrandt, HGB, Bd. I, 4. Aufl. 1960, § 12 Anm. 10-12).

89) vgl. Baumbach-Hueck, AktG, 11. Aufl. 1961, Üb 1B vor § 16

von Anfang an.[90]

c) Entsprechend zur Regelung der Anfechtung gibt es nach erfolgter Eintragung auch kein ex tunc wirkendes Rücktrittsrecht. Statt dessen ist eine ex nunc wirkende fristlose Kündigung zulässig. Ebenso kann der OV aus wichtigem Grund fristlos gekündigt werden. Da er auf Dauerverhältnisse ausgerichtet ist, kann der Rechtsgedanke des § 723 BGB analog herangezogen werden. Aus dem Normreflex ist hier, anders als es SIEG für den Tarifvertrag darstellt, nichts anderes zu folgern. Wie oben dargelegt, bedingt nicht die Norm als solche schon Vertrauensschutz. Dessen Voraussetzungen müssen selbständig geprüft werden. Dabei ergibt sich, daß bei Vorliegen eines wichtigen Grundes das Auflösungsinteresse des Vertragspartners vorgeht.

Da den Parteien die volle Herrschaft über die zeitliche Existenz der Norm eingeräumt ist, erweist sich die befristete Kündigung als ebenso unproblematisch wie der contrarius actus der Aufhebung. Entsprechend zur Anfechtung ist die Erlöschenswirkung in allen Fällen an die Eintragung ins Handelsregister geknüpft.

d) Aufhebung und Kündigung unterliegen der Kompetenz der HV. Nur bei fristloser Kündigung und der Ausübung des Rücktrittsrechts in Fällen eines wichtigen Grundes, der Anfechtung und Geltendmachung der Nichtigkeit ist eine Ausnahme zuzulassen. Diese Akte können ihre Durchschlagskraft nur entfalten, wenn der Vorstand sofort handeln kann. Zu fordern ist aber ein Bestätigungsbeschluß der HV auf einer unverzüglich einzuberufenden Sitzung. Bei befristeter Kündigung ist die Anmeldung zum Handelsregister so rechtzeitig vorzunehmen, daß die Eintragung bei Vertragsbeendigung möglichst vorliegt. Im Falle der Versagung der Bestätigung durch die HV bei fristloser Kündigung und den entsprechenden Fällen gilt: erfolgt dieser Beschluß vor Eintragung der Beendigung des Vertrags, so ist der Eintragungsantrag zurückzunehmen. Hat die Eintragung schon stattgefunden, muß ein neuer OV abgeschlossen werden. Zur Frage, ob er - mit organisatorischer oder schuldrechtlicher Wirkung - auf den Zeitpunkt des Erlöschens des alten Vertrags zurückbezogen werden kann, vgl. unten h).

e) Die Auslegung folgt den Grundsätzen der objektivierten Vertragsauslegung. Die h.M. zur Satzungsauslegung verdient hier Zustimmung. Die Begründung liegt im Normreflex. Von dort her schiene es um der dogmatischen Sauberkeit willen gerechtfertigt, nicht von Vertrags-, sondern von Normauslegung zu sprechen, die lediglich durch den vertraglichen Entstehungstatbestand modifiziert ist. Entsprechend sind OVe, wie es der h. Auffassung bei der Satzung entspricht, revisibel

---

90) vgl. die entsprechende Differenzierung bei sittenwidrigem Gründungsvertrag (Satzung) der AG, die von Godin-Wilhelmi, aaO, Anm. III 2 vor § 16, und Baumbach-Duden, aaO, § 105 Anm. 8 E, treffen.

(nicht wie die typischen Willenserklärungen des Privatrechts - AGB - wegen ihrer Normähnlichkeit, sondern ihres Normcharakters wegen).

f) Vertragliche Erfüllungsansprüche und demgemäß Schadensersatzansprüche bestehen nicht. Es handelt sich hier um eine der entscheidensten Folgerungen aus dem Wesen des OVs. WÜRDINGER allerdings widmet dieser Frage keinerlei Aufmerksamkeit. Offenbar setzt er infolge des Vertragscharakters das Bestehen von schuldrechtlichen Ansprüchen (oder vielleicht auch körperschaftsrechtlichen, auf deren Erfüllung Schuldrecht analog angewandt werden könnte[91]) als unproblematisch voraus. Aber gerade hier zeigt sich der Normreflex evident. Der OV setzt innerkörperschaftliches Satzungsrecht. Damit ist seine Funktion erfüllt. Es gilt zu erkennen, daß nur Normsetzung und Normbeendigung in den Händen der Vertragsparteien liegt, die geschaffene Norm aber sich hinsichtlich Auslegung, Revisibilität, etc. und eben gerade auch ihrer Durchsetzung vom Entstehungstatbestand gelöst und verselbständigt hat. Der Vertrag ist nur das rechtstechnische Mittel, einem zunächst Außenstehenden, nämlich dem Vertragspartner, Mitherrschaft über Inhalt und zeitliche Existenz der körperschaftsrechtlichen Satzungsnorm zu geben. Nach Erfüllung seiner Mitwirkungsfunktion tritt er grundsätzlich zurück. Systematisch kann ihm im Prinzip kein eigenes Interesse an der Durchsetzung der miterzeugten Norm zugestanden werden, denn er steht außerhalb des Körperschaftsverbandes. Gegen diese Auffassung kann auch nicht eingewendet werden, der Vertrag als solcher beinhalte wesensnotwendig eine Erfüllungspflicht. Das Gegenteil lehrt schon der sachenrechtliche Einigungsvertrag.

Die Erfüllung ist nach dieser Auffassung ausschließliche Verfassungspflicht der Organe der betreffenden Gesellschaft. Letzterer sind Vorstand und AR für die OV-Gemäßheit ihrer Handlungen in gleicher Weise wie für die Satzungsmäßigkeit verantwortlich. Organisationsvertragswidrige Beschlüsse kann der Vertragspartner nur dann entsprechend § 197 AktG anfechten, wenn er Aktionär ist.

g) Mit der Betonung der reinen innergesellschaftlichen Verfassungswirkung ist zugleich klargestellt, daß es - mangels gegenseitiger Ansprüche - auch keine Leistungsverweigerungsrechte, sei es nach § 320 oder § 273 BGB, geben kann. Die Satzungsnorm verlangt ihre Durchsetzung aus sich heraus; sie ist wesensmäßig von Gegenleistungen unabhängig.

h) Zu prüfen bleibt die Möglichkeit einer organisatorischen Rückwirkung des OVs. Bei der Satzung und Satzungsänderungen ist eine solche nach nahezu einhelliger

---

91) vgl. die entsprechende Ansicht bei § 50 AktG (Fischer in Großk. AktG, § 50 Anm. 10, 12f, Baumbach-Hueck, § 50 Anm. E) und bei genossenschaftlichen Sonderverpflichtungen (BGH NJW 60, 1858 im Anschluß an RGZ 72, 8).

Meinung zu verneinen.[92] Für Satzungsänderungen etwa soll § 148, III AktG eindeutig ergeben, daß sie erst mit der Eintragung ins Handelsregister wirksam würden. Diese Ansicht hat DEMPEWOLF[93] mit sorgfältiger und zutreffender Begründung angegriffen. Eine Rückwirkung ist in den Grenzen, die er aufgezeigt hat, zuzulassen. Eine dieser Grenzen, die er aus der Zusammenschau der ausdrücklichen Rückwirkungsverbote der §§ 34, I, 1, 156, 177, 240, III und IV, 247, VI, 265, 274, 281, 285 AktG ableitet, ist diejenige: eine Rückwirkung ist unzulässig, wenn das Wesen und die grundsätzliche Struktur der AG, also essentialia, geändert werden. Das trifft aber, wie unten gezeigt werden wird, für die uns interessierenden UVe zu. Sollten sie also OVe darstellen, kommt eine organisatorische Rückwirkung nicht in Betracht.

Die Zulässigkeit einer schuldrechtlichen Rückwirkung wird von der h.M. und auch von seiten DEMPEWOLFs nicht untersucht. Offenbar wird davon ausgegangen, daß bei klarer Zuordnung einer Materie zum Satzungsbereich für eine widersprechende schuldrechtliche Regelung kein Raum bleibe. Das ist grundsätzlich richtig. Wie schon bei der Kritik an RGZ 83, 377 hervorgehoben, darf das Schuldrecht nicht dazu dienen, satzungsrechtliche Bereiche unter Umgehung der hierfür vorgesehenen Vorschriften zu regeln. Bei OVen erschiene es indes aus Gründen des den Vertrauensschutz der Öffentlichkeit überwiegenden Interesses eines Vertragspartners angemessen, einen kurzzeitigen Widerspruch zwischen Schuldrecht und Satzungsrecht zu dulden. Ein solch vorrangiges Interesse liegt vor bei den Beendigungssonderfällen Anfechtung, Geltendmachung von Nichtigkeit, fristloser Kündigung und Rücktritt aus wichtigem Grund nach Eintragung. Hier muß die betroffene Gesellschaft in dem Zeitraum zwischen Ausübung des einseitigen Lösungsrechts und Eintragung der Beendigung des OVes schuldrechtlich zur Leistungsverweigerung berechtigt sein. D.h. sie ist schuldrechtlich so zu stellen, wie wenn die Beendigung des OVs nicht der Eintragung bedürfte.[94] Ausgeschlossen ist jedoch eine schuldrechtliche Rückwirkung auf den Zeitpunkt des anfechtbaren/nichtigen Vertragsschlusses. Hier greift wieder der überwiegende Vertrauensschutz der Öffentlichkeit Platz.

4) Die Auswirkung der organisationsvertraglichen Auffassung auf die Unternehmensverträge.

---

92) vgl. die bei Dempewolf, NJW 58, 1212 zit. Kommentarstellen, die sich auf die einzige einschlägige Entscheidung des RG (RGZ 24, 54ff) berufen. Das RG hatte dort ausgesprochen, kein aufgrund der Änderung gewählter Verwaltungsträger dürfe sein Amt vor Eintragung ausüben. Der Aktienrechtsentwurf verweist bei UVen und Satzungsänderungen ebenfalls auf allgemeine Grundsätze, s. Begr. zu §§ 283, 169, je a.E.

93) NJW 58, 1212

94) vgl. hierzu unten § 10 III 2

a) WÜRDINGER[95] hält alle UVe des geltenden Rechts für Schuldverträge, weil der OV der gesetzlichen Einführung bedürfe. Diese erfolge aber im künftigen Aktienrecht, sofern es auf der Basis des RefE (jetzt des Amtl. E) Gesetz werde. Die dortigen Formen des Weisungsvertrags (jetzt: Beherrschungsvertrags) und des Gewinnabführungsvertrags stellten OVe dar.

b) Der Verzicht WÜRDINGERs auf eine Untersuchung de lege lata mit dem kurzen Hinweis, der OV mit Dritten bedürfe vorheriger gesetzlicher Zulassung, erscheint vorschnell. Immerhin bietet der Verschmelzungsvertrag gerade nach seiner Auffassung einen Anhaltspunkt. Der schon mehrfach angesprochene Struktureinbruch insbesondere des OrganschaftsVes in die gesellschaftsverfassungsrechtlichen Zuständigkeiten erfordert eine sorgfältige Prüfung, ob nicht die mit Billigung des Aktienrechtsgesetzgebers von 1937 jahrzehntelang praktizierten UVe des § 256 AktG in Wahrheit OVe sind. § 256, heute auch § 23 GWB (und evtl. § 1 MitbestErgG) wären dabei als sedes materiae der gesetzlichen Zulassung anzusehen. Wie schon unter 2 b cc bemerkt, wollen wir jedoch die Frage, ob die breite Anwendung des OVs als rechtspolitische Zielsetzung aufzufassen ist oder Dogmatik des geltenden Rechts beinhaltet, bis zum Abschluß der Untersuchung im 2. Teil der Arbeit zurückstellen. Sollte sich ergeben, daß nur der organisatorische UV imstande ist, eine systematisch einwandfreie Konzerneingliederung im Vertragswege herbeizuführen, könnte er als schon im geltenden Recht verankert angesehen werden. Klargestellt sind aber durch die bisherige Analyse jedenfalls die dogmatischen Ansatzpunkte für die Erfassung der UVe: sie liegen in der Gestalt des OVs einerseits, des Schuldvertrags andererseits. Die gesellschaftsvertragliche Auffassung BALLERSTEDTs und FLUMEs bildet dagegen keine eigene Alternative. Sie ist mit der organisationsvertraglichen Lehre identisch. Denn diese Autoren bezeichneten mit "gesellschaftsrechtlich" einen der Rechtsnatur der Aktiengesellschaftssatzung entsprechenden Vertragstypus und die Satzung stellt, wie wir sahen, einen OV dar.

---

95) Aktienrecht, S. 207ff, Schmidt-Festschrift, S. 290ff.

2. Teil

Dogmatik der Unternehmensverträge, entwickelt am Beispiel der Eingliederung einer AG in einen Konzern.

§ 4 Grundsätzliche Bemerkungen zur Konzerneingliederung einer j.P.

I) Das Wesen der Konzerneingliederung als Unternehmenszuordnung.

1) Konzerneingliederung als Vermögenszuordnung.

Wenn im Folgenden von Vermögenszuordnung gesprochen wird, so ist zu beachten, daß es sich um eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise handelt. Rechtlich findet bei der "wirtschaftlichen Fusion" der j.Pen gerade keine Vermögensübertragung statt.[1] Es soll jedoch zum Ausdruck gebracht werden, daß die Konzernierung wirtschaftlich die Unterstellung der Vermögenssubstanz unter die Verfügungsgewalt der Konzernspitze beinhaltet. In diesem Sinn meint HAMBURGER[2] von der Organgesellschaft, daß sie ihr Vermögen in den Dienst der h.P. zu stellen habe, spricht NÄGELI[3] wie viele andere in seiner Konzerndefinition von der "einheitlichen Vermögenssphäre", WÜRDINGER[4] von "Substanzkoppelung". MESTMÄCKER[5] stellt fest, die h.Gesellschaft erhalte das umfassende Recht, das Vermögen der beherrschten Gesellschaft nach eigenem Ermessen zu nutzen. Diese Vermögenszuordnung darf keineswegs mit der Gewinnübernahme gleichgesetzt werden. Letztere ist nur ein (nicht unbedingt notwendiger) Teil der Vermögenszuordnung, bei der auch eine Vermögensübertragung im Rechtssinne erfolgt.[6] Das Ergebnis der Zuordnung ist die neue wirtschaftliche Vermögenseinheit des Konzerns.

2) Konzerneingliederung als untrennbare Vermögensvermischung.

MESTMÄCKER hat mehrfach den Gedanken einer untrennbaren Vermögensvermi-

---

1) Von rechtlicher Vermögensvereinheitlichung geht dagegen Bauer, aaO, S. 155f, bei seiner Einteilung der Trustformen in Vermögens-, Organisations- und Gewinngemeinschaften aus. 2) aaO, S. 203 3) aaO I, S. 205

4) Schmidt-Festschrift, S. 292f. Erlinghagen, aaO, S. 3: "Vermögenszusammenfassung".

5) aaO, S. 327ff, wo er auf das Fehlen bürgerlich-rechtlicher Parallelen einer solchen Zuordnung hinweist.

6) Auf diese wird ersichtlich auch in der Begr. zum Amtl.E (Vorbem. zum 3. Buch, S. 215 r.Sp.) abgestellt, wenn dort ausgeführt wird, der Gewinnabführungsvertrag ergänze den Beherrschungsvertrag in "vermögensrechtlicher Hinsicht".

schung bei konzernverbundenen Unternehmen aufgeworfen.[7] Wie verhält es sich damit?

Konnte soeben bei der wirtschaftlich verstandenen Vermögenszuordnung auf eine Klärung des Vermögensbegriffs verzichtet werden, weil jedenfalls das ganze Vermögen, das ein Unternehmen darstellt, der Verfügungsgewalt der h.P. unterstellt wird, so erweist sich nunmehr eine Auseinandersetzung als unerläßlich. Denn offenbar sind doch auch im Konzern die Vermögen der Konzernglieder bilanzmäßig klar abgeschieden und keineswegs vermischt.

Der Rechtsbegriff des Vermögens knüpft notwendig an den wirtschaftlichen Begriff des Vermögens an.[8] Verstanden wird darunter die Gesamtheit der wirtschaftlichen Güter und sonstigen Rechte von privatwirtschaftlichem Wert, die einem Vermögensträger zustehen. Gerade beim Unternehmen als komplexer Vermögensgesamtheit[9] lassen sich dabei besonders klar statische und dynamische Elemente feststellen. Statische knüpfen an rechtliche Kriterien wie Eigentum, sonstige Rechtsinhaberschaft, Gläubiger- und Schuldnerstellung, etc an. Sie sind es, die in der Bilanz wertmäßig erfaßt werden. Ihnen stehen jedoch im Wirtschaftsleben andere gegenüber wie unschützbare Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, das "know how", tatsächliche Beziehungen, Entwicklungschancen, Kundschaft, Kredit, Ruf, Wirksamkeit der Absatzorganisation usw. Diese sind dynamischer Natur und bestimmen die imponderable Größe des Geschäftswerts. Sie finden in der Bilanz keinen eigenen Posten, schlagen sich aber doch teilweise in der Bewertung des statischen Vermögens nieder. Soweit dabei ein "gesicherter Geschäftswertbestand", der sich im unteren Bereich einer angenommenen dynamischen Geschäftswertskala bewegt, zugrundegelegt wird, kann einer solchen Bilanzierung vom Standpunkt der Bilanzwahrheit nur zugestimmt werden. Im übrigen aber wird dieser dynamische Vermögensteil bilanzmäßig nicht erfaßt, obwohl auch er rechtlich zum Vermögen gehört und insbesondere bei gesetzlich erwähnten Rechtsgeschäften über ganze Unternehmungen (Handelsgeschäfte)[10] zweifellos mit einzubeziehen ist.[11]

Die untrennbare Vermögensvermischung findet nun lediglich in diesem letztgenannten, dynamischen Bereich statt. Insoweit ist eine Einschränkung der Auffas-

---

7) aaO, S. 305ff; zusammenfassend S. 310, 312

8) Elster, HWB der Rechtswissenschaft, hrsg. von Stier-Somlo und Elster, Bd 6, S. 452ff ("Vermögen"). Vgl. zum Folg. ebenda.

9) vgl. J. v. Gierke, Handelsrecht, 8. Aufl. 1958, S. 73: eigenartiges deutschrechtliches Sondervermögen.

10) vgl. § 22 HGB

11) Schlegelberger-Hildebrandt, HGB, 4. Aufl. 1960, § 22 Anm. 2. Dagegen ist dieser Bereich im Recht der unerlaubten Handlung von der Rspr. zum eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb noch nicht anerkannt.

sung von der ununterscheidbaren Vermögensvermischung[12] geboten. Mögen etwa good will, Beziehungen, Belegschaftsverhältnisse, "know hows", Chancen und Risiken vor Unternehmenszusammenfassung noch einigermaßen bewertbar sein, die Konzernorientierung des abhängigen Unternehmens macht es unmöglich, seinen Ertragswert und mithin seinen wesentlich hieran ausgerichteten Geschäftswert zu berechnen. Dies hat wiederum MESTMÄCKER[13] unter Bezugnahme auf Erfahrungen in USA überzeugend dargelegt. Betriebseffekt und Konzerneffekt sind schlechthin nicht zu ermitteln, insbesondere bei Horizontalkonzernen. "Welchen Beitrag die Tochter durch Verzicht auf Geschäftschancen zu dem wirtschaftlichen Erfolg des Konzerns leistet, ist nicht festzustellen".[14] Das hat seinen Grund ganz einfach in der "Unternehmens"-Koordinierung, in der "Unternehmensvermischung", im Zusammenfügen zweier ursprünglich selbständiger unternehmerischer Einheiten unter einer unternehmerischen Entscheidungsspitze. Damit ist aber eine eindeutige vermögensmäßige Erfassung sowohl der Konzernleistungen als des von der wirtschaftlichen Leistung über das Medium des "Geschäftswerts" abhängigen Vermögensgesamtwertes der abh. j.P. nicht möglich. Zugleich erhellt, daß die Vermögensbeherrschung und die Vermögensvermischung im Konzern eine eminente "Substanzgefährlichkeit" für die abh. Ges. beinhaltet.

Man könnte gegen die vorgetragene Auffassung einwenden, diese exakte Zerlegung in statische und dynamische Elemente lasse sich schwerlich durchführen. Die dynamischen Elemente erfaßten und überlagerten die statischen Elemente, trügen die Dynamik des Wirtschaftslebens so sehr in sie hinein, daß schließlich der ganze Vermögensbegriff nur als solcher dynamischen Inhalts verstanden werden könnte.[15] Offenbar liegt MESTMÄCKERs Ansicht einer generellen Vermögensvermischung diese Vorstellung zugrunde. Es scheint aber, daß diese Auffassung der gerade bei Kapitalgesellschaften der Haftungsbeschränkung wegen so hervorragend wichtigen bilanzmäßigen Vermögenserfassung, die notwendig vor allem auf die statischen Elemente zurückgreift, zu wenig Rechnung trägt. Dabei wird nicht übersehen, daß eine erfolgte Konzerneingliederung (dynamisches Element im umfassendsten Sinn)

---

12) Mestmäcker, aaO, S. 328. Die Ununterscheidbarkeit, ob Fremdnutzungsberechtigung oder eigentümerähnliche Stellung der Obergesellschaft vorliegt, bezieht sich aber auf das ganze Vermögen der abh. Ges. Denn auch das bilanzmäßig erfaßte wird "wie eigenes" verwaltet, doch legt die Bilanz die rechtliche Inhaberschaft klar.

13) aaO, S. 305ff. Sogar der Supreme Court sprach von einer "augenscheinlich unlösbaren Aufgabe", vgl. das Zitat bei Mestmäcker, aaO, S. 316.

14) aaO, S. 310

15) so die dynamische Vermögenstheorie von Elster, aaO. Vermögen ist nach ihm "materialisiertes wirtschaftliches Können".

sich auch in der Bilanzierung der statischen Vermögensbestandteile in gewisser Weise auswirken wird und daß gerade im Konzern Bilanzieren letztlich gesehen Unwägbares wägbar Gestalten ist. Aber es ist eine im Rechts- und Wirtschaftsleben anerkannte Vermögenserfassungs- und -trennungsmethode, die es verbietet, auch im Bereich der bilanzierten Güter von "Ununterscheidbarkeit" zu sprechen. Ganz entsprechend betont dann auch MESTMÄCKER wenig später,[16] allerdings etwas zusammenhangslos, das Erfordernis der vermögensmäßigen Selbständigkeit der AG nach den §§ 52, 54 AktG. Er will daraus sogar die Nichtigkeit eines Vertrages nach § 134 BGB ableiten, in dem sich eine Obergesellschaft solche Rechte ausbedingt, daß die Nachprüfung der Substanzerhaltung nicht mehr möglich ist. Denn das Recht der eingegliederten Gesellschaft auf Erhaltung der Vermögenssubstanz sei unentziehbar. Diese Auffassung ist richtig, aber unvereinbar mit seinem vorher geäußerten Gedanken der untrennbaren Vermögensvermischung. Erkennt man aber, daß der letztere nur in erheblich eingeschränkter Weise zutrifft, bleibt kein Widerspruch bestehen. Denn er kann dahingehend gelöst werden, daß eine den Grundsätzen ordnungsmäßiger Konzernbilanzierung entsprechende Vermögensabschichtung für genügend erachtet wird, als Prüfungsgrundlage für die Einhaltung der §§ 52, 54 AktG zu dienen.

3) Konzerneingliederung als Unternehmenszuordnung.

Die Konzernzuordnung erschöpft sich, wie sich aus dem soeben Dargelegten ergibt, nicht in der Dienstbarmachung des Vermögens der abh. j.P. im Sinne der bilanzmäßig erfaßten Werte, also des Anlage- und Umlaufvermögens. Sie ergreift das Vermögen der Gesellschaft im umfassendsten Sinn,[17] in seinem ganzen Wertgehalt. Der Organisationswert,[18] der Geschäftswert mit seinen Komponenten wie good will, günstige Beziehungen, vorteilhafte Lage, Kundschaft, Bezugsquellen, Fach- und Stammarbeiterschaft, das ganze Eingespieltsein des Betriebsapparates - alles wird in den Konzernaufbau einbezogen. Kurz: erfaßt wird das Unternehmen der abh. j.P. In der Unternehmenszuordnung liegt das charakteristische Moment der Konzerneingliederung. Die Vermögenszuordnung als solche stellt nur die unerläßliche Vorstufe dar.[19] MEISE[20] hat dies bereits klar erkannt, wenn sie das Entscheidende bei der Organschaft in der Zuordnung eines Unternehmens als "organisierte Vermögenseinheit" erblickt. Im einzelnen können bei dieser Unternehmenszuordnung zwei Komponenten unterschieden werden: die Zuordnung der Ge-

---

16) aaO, S. 330 17) vgl. oben I 2 18) Starke, aaO, S. 5ff

19) Außer man faßt "Vermögenszuordnung" im umfassenden Sinn auf, unter Einbeziehung auch dynamischer Elemente (wie unten III 2). Dann erscheint es angängig, Vermögenszuordnung gleich Unternehmenszuordnung zu setzen. Das Unternehmen als Ganzes wird dabei als Vermögenskomplex aufgefaßt und ist als solcher rechtlich zuordnungsfähig. 20) aaO, S. 25f

schäftstätigkeit und die Zuordnung des Ergebnisses der Geschäftstätigkeit, des Gewinns. In der Praxis pflegen beide nebeneinander verwendet zu werden; die erstere ist, in verschiedenen Modalitäten und Abstufungen, stets verwirklicht. Die genannte Unterscheidung ist in der bisherigen Literatur nicht genügend hervorgehoben worden. Wie von WÜRDINGER[21] bei der Gesamtkennzeichnung der UVe wird überwiegend darauf abgestellt, daß die abhängige Gesellschaft auch oder nur für Rechnung Dritter oder als Rentnergesellschaft arbeite. In der Tat ist vom Standpunkt der abh. Ges. aus die Gewinnfrage entscheidend. Der h. Ges. kommt es aber vorwiegend auf die Nutzbarmachung der Geschäftstätigkeit der abh. Ges. an, Sie hofft, mit deren Betriebspotential ihren eigenen Gewinn und zugleich - mit zu ihren Gunsten - den der abh. Ges. zu steigern. Der normale, auch bei Nichteingliederung von der beherrschten Gesellschaft erzielbare Gewinn interessiert die h. P. erst in zweiter Linie oder gar nicht; ihn könnte sie sich auch als Dividende auszahlen lassen.[22] Der Erwerb einer zusätzlichen Produktionskapazität, die Abrundung eines eigenen Programms, die Erlangung eines eigenen Rohstoff-, Zusatz-, Veredelungs-, Vertriebs- oder Transportunternehmens - hierauf ist die Absicht des herrschenden Unternehmens gerichtet, weil bei entsprechender Abstimmung unzweifelhaft die Gewinnchance beider Unternehmen gegenüber der früher getrennten Betriebsführung steigt.[23]

4) Konzerneingliederung als Unternehmensvernichtung.

Der Konzern ist eine neue wirtschaftliche Einheit. Es entsteht das Gesamtunternehmen Konzern. Ist daneben noch Raum für das Einzelunternehmen der eingegliederten Gesellschaft als "Unternehmen"? Der übliche Sprachgebrauch vom "abhängigen Unternehmen"[24] scheint Abhängigkeit mit dem Unternehmenscharakter ohne weiteres vereinbaren zu können. SCHMITT-SCHOWALTER[25] bezeichnet den Konzern als "erweiterte Form der Unternehmung", er sei aber auch eine "Erfolgsgemeinschaft von Unternehmung en". BALLERSTEDT[26] nimmt für das Organschaftsverhältnis an, in "bürgerlich-rechtlicher Hinsicht" werde bei ihm keine unternehmensrechtliche Einheit hergestellt. Die Organgesellschaft bleibe vielmehr wettbewerbsrechtlich, patentrechtlich, haftungsrechtlich und marktrechtlich als Unternehmen selbständig. Es fragt sich jedoch, ob diese bürgerlich-rechtliche Selbständigkeit ausreicht. Denn der juristische Unternehmensbegriff enthält als im Kern unverzichtbare Komponente die "selbständige Betriebstätigkeit".[27] Diese wird aber bei der Konzernuntergesellschaft angetastet. MESTMÄCKER[28] hat

---

21) Schmidt-Festschrift, S. 282f

22) vgl. Hamburger, aaO, S. 272 und besonders klar Graf, aaO, S. 52f

23) vgl. Mestmäcker, aaO, S. 308 24) vgl. etwa §§ 15 AktG und Amtl. E

25) Die Organisationsformen der modernen Wirtschaft, Eßlingen 1926, S. 27, 48f

26) DB 56, 813 27) vgl. oben § 3 Anm. 34 28) aaO, S. 302ff

denn auch klar herausgearbeitet, daß Konzerneingliederung im Grunde eine Vernichtung des Unternehmens der beherrschten Gesellschaft bedeute.[29] Zu diesem Ergebnis war früher schon GRAF[30] bei der Konzernorgangesellschaft gekommen. Die ursprüngliche "Unternehmenszusammenfassung" wird nach ihm durch die Zusammenfassung zur "Betriebsgemeinschaft innerhalb eines Unternehmens". "Nur der Betrieb wird unter der Rechtsform der gewesenen Unternehmung innerhalb der neuen Wirtschaftseinheit aufrecht erhalten". MESTMÄCKER führt aus: "Die Konzernierung beseitigt die Fähigkeit der beherrschten Gesellschaft, nach einem eigenen Wirtschaftsplan zu handeln. Datum ist für die eingegliederte Gesellschaft nicht der Markt, sondern die Weisung des Konzerns". Die eingegliederte Gesellschaft habe zwar noch das Substrat eines Unternehmens (Sachen, Rechte, Arbeitsverhältnisse, usw), betreibe aber kein Unternehmen mehr. Hierzu fehle ihr der unternehmerische Wille. Sie diene einem fremden Unternehmen. Dieses bestimme ihr Produktionsprogramm, das kein "marktgängiges Sortiment" enthalte, sondern Konzernbedürfnisse befriedige.[31]

Den ausführlichen Darlegungen MESTMÄCKERs ist die grundsätzliche Berechtigung nicht abzusprechen, obwohl sie von einer theoretisch überspitzten Abhängigkeitslage ausgehen. Nicht nur vom Standpunkt eines Unternehmensbegriffs, der absolute unternehmerische Freiheit fordert, sondern auch von jenem aus, der die Wahrung eines Kernbereichs an Freiheit für unabdingbar hält, wird in Zukunft bei Konzernierung zu beachten sein, daß die Bezeichnung "abhängiges Unternehmen" dem wirtschaftlichen Sachverhalt nicht gerecht wird bzw, daß mit "Unternehmen" nurmehr das Substrat des Unternehmens gemeint ist. Denn es ist das Wesen der Konzerneingliederung, gerade in jenen Kernbereich unternehmerischer Dispositionsfreiheit einzugreifen. Hiergegen kann nicht eingewandt werden, diese Auffassung stehe im Gegensatz zur Theorie der betriebswirtschaftlichen Organisation, in der seit langem die Zweckmäßigkeit anerkannt sei, den Konzernuntergesellschaften einen teilweise erheblichen selbständigen Spielraum zu gewähren, um die wertvolle Eigeninitiative nicht erlahmen zu lassen (Dezentralisation). Denn diese Entscheidungsfreiheit wird im wesentlichen nur bei der laufenden Geschäftsführung, bei der Grundsatzunternehmenspolitik dagegen nur in engem Rahmen gegeben, sodaß insbesondere Finanzwirtschaft, Produktionsplanung und Investition

---

29) so schon Düringer-Hachenburg, Einl. Anm. 142 für die Organgesellschaft. Auch Gessler, BB 59, 457 meint, UVe änderten die Struktur des Unternehmens (nicht: der Ges.; aber wohl: dadurch auch der Ges.).

30) aaO, S. 33

31) ähnlich Erlinghagen, aaO, S. 4: die Planträgerschaft gehe auf die h. Ges. über, die Verwaltung der abh. Ges. sei auf die Funktion der Plandurchführung beschränkt. Vgl. auch Liefmanns Konzerndefinition, aaO, S. 260.

sowie großenteils auch Preis- und Absatzpolitik bei der Konzernspitze zentralisiert sind.[32] Die Entziehung der unternehmerischen Grundentscheidung bezüglich seiner Stellung in der Gesamtwirtschaft rechtfertigt es aber, von einer Unternehmensvernichtung zu sprechen. In der Praxis allerdings wird man den täglichen, auch im juristischen Bereich anzutreffenden Sprachgebrauch zu beachten haben, der geringere Anforderungen an die unternehmensrechtliche Selbständigkeit stellt. Er berücksichtigt die wechselnden Grade der Abhängigkeit, die Intensitätsstufen der Unternehmenszuordnung. So kann die Konzernmacht von vornherein nur ein bestimmtes Maß erreichen oder sich, der Dezentralisationstendenz folgend, freiwillig auf bestimmte Einflußnahmen beschränken. Gleichwohl ist im strengen Sinn mit der Bejahung einer Konzernzuordnung, gleich welchen Grades, stets auch die Entscheidung gegen das Weiterbestehen eines "Unternehmens" gefallen.

II) Die Art der Unternehmenszuordnung auf der Grundlage der bisher erörterten rechtlichen Organisationsmittel.

1) Ziel der Zuordnung ist stets das Unternehmen, nie die j.P. als solche. Dieses Ziel kann erreicht werden:

a) unmittelbar durch Zuordnung des Unternehmens der j.P. (mittels Schuldvertrag),[33]

b) mittelbar durch Zuordnung der j.P. selbst (mittels Satzung bzw. Organisationsvertrag, also durch die KRONSTEINsche "organisatorische" Zuordnung).

c) Im einzelnen kann jeweils die Geschäftstätigkeit oder der Gewinn zugeordnet werden. Bei der Gewinnzuordnung ist besonderer Anlaß klarzustellen, daß es sich dabei entweder um den Gewinn der j.P. (bei satzungsmäßiger bzw. organisationsvertraglicher Zuordnung) oder Unternehmensgewinn (bei schuldvertraglicher Zuordnung) handelt. Praktisch sind die Gewinne natürlich identisch, jedoch ist die Unterscheidung, wie auch bei der Geschäftstätigkeit, systematisch geboten.

aa) Bei organisatorischer Zuordnung kann mit KRONSTEIN[34] auch untergegliedert werden in unmittelbare Zuordnung durch Einfluß auf Organisation oder Willensbildung der abh. Ges. und mittelbare Zuordnung durch Beschränkung der Geschäftstätigkeit auf den Dienst zugunsten der h.P. Bei unmittelbarer Zuordnung können Organschafts- und/oder Wertrechte begründet werden. Die ersteren zielen vor allem auf Zuordnung der Geschäftstätigkeit ab, die letzteren ordnen den Gewinn zu.

---

32) vgl. Brökelmann, Beiträge zum Verwaltungs- und Rechnungswesen des Konzerns, 1939, S. 53ff, Beste, Festschrift für Schmalenbach, 1933, S. 111

33) vgl. Flume, DB 59, 195

34) aaO, S. 9ff, vgl. auch oben § 2 A II

bb) Bei Unternehmenszuordnung schließlich kann die Geschäftstätigkeit ebenfalls unmittelbar (Fremdregie durch die h.P.) oder mittelbar (Eigenregie der abh. j.P. nach Weisung) zugeordnet werden.

2) Mittelbare und unmittelbare Zuordnung kann auch auf Seiten der h.P. unterschieden werden: diese kann selbst Träger der Eingliederung sein oder in eine Tochter- bzw. Enkelgesellschaft eingliedern lassen.

III) Strukturwandlung als Ergebnis jeder Konzernierung.

1) Die nachgewiesene Zuordnung des Unternehmens der abh. Ges. zum Unternehmen der h. Ges. muß sich notwendig auf die Verfassungsstruktur der abh. Ges. auswirken. Denn Gesellschaft und Unternehmen bzw. aufgegliedert: Gesellschafts- und Unternehmensverwaltung, -vermögen und -gewinn sind im deutschen Recht[35] so unauflöslich miteinander verquickt, daß eine Zuordnung im Bereich des Unternehmens die interne Organisation der j.P. zwangsläufig berühren muß. Daß dabei die Zuordnung nicht im Sinne rechtlicher Vermögensübertragung verstanden wird, daß vielmehr das Substrat des Unternehmens als solches, Eigentum und sonstige Rechtsinhaberschaft, bei der abh. Ges. verbleibt, besagt noch nichts. Denn die Übertragung der Verwaltungskompetenz, insbesondere der Fähigkeit zur Vermögensdisposition, und die Änderung des Destinatärs des Erwerbsstrebens sind grundlegende Umgestaltungen.[36] Günstigstenfalls bleibt die abh. Ges. nach außen formeller Träger des Unternehmens, materiell ist dieses in jedem Fall im Unternehmen der h. Ges. aufgegangen. Die eingetretene Wandlung wird herkömmlicherweise als "Strukturänderung"[37] bzw. "Statusänderung"[38] bezeichnet. Regelmäßig wird darunter eine Modifikation der Verfassung der abh. j.P. verstanden. Diese steht auch für uns im Vordergrund. Der Beachtung bedarf jedoch, daß in gleicher Weise eine Umstrukturierung der Unternehmensverfassung erfolgt. Nach dem oben Festgestellten muß man sogar annehmen, daß eine Unternehmensvernichtung eintritt. Verfehlt wäre es jedoch, daraus zu schließen, daß damit auch die Unternehmensverfassung in Wegfall käme. Letztere besitzt auch das voll abhängige "Unternehmen". Denn der Unternehmensbegriff im Unternehmensverfassungsrecht ist notwendig weiter als der hier verwendete, wirtschaftliche Selbständigkeit implizierende Begriff.

---

35) anders im französischen Recht, vgl. Ripert, zit. in § 1 Anm. 6

36) Auch die bloß faktisch abhängige Konzern-AG hat ihre materielle Verfassung gewandelt, weil Großaktionärs- (Konzern-) Abhängigkeit nicht nur der normalen und lediglich quantitativ gesteigerten Abhängigkeit von einem Einzelmitglied entspricht.

37) so z.B. Gessler, BB 59, 459, Kropf, NJW 59, 175 und die Begr. zum E, Vorbem. vor § 280

38) so etwa Mestmäcker, aaO, S. 303, Flume, RefE, S. 30

2) Die Einwirkung auf die Unternehmensverfassung soll hier nicht weiter verfolgt werden (s. Einleitung). Dagegen bedarf die angenommene Verfassungsänderung bei j. Pen der Erläuterung, wobei zunächst stets der materielle Verfassungsbegriff gemeint ist.[39]

a) Geändert wird zunächst die Vermögensverfassung der abh. Ges. Denn diese gibt ihr eigenes Erwerbsstreben auf und ordnet sich dem Konzerngewinnstreben unter. Destinatär der finanziellen Gesellschaftserfolge wird die Konzernobergesellschaft. Mittelbar erfolgt diese Ausrichtung auf die h. Ges. stets, unmittelbar begünstigt ist sie nur bei direkter Gewinnübertragung. Spräche man statt von Vermögensverfassung von Gewinnverfassung, käme die Verfassungsänderung noch plastischer zum Ausdruck. Dabei müßte allerdings Einverständnis herrschen, daß die "Gewinnverfassung" den Grundsatz der Vermögensbindung, §§ 52, 54 AktG, insofern mit einschließt, als nach ihr nur echte Gewinne, d. h. nicht aus der kraft Gesetzes zu erhaltenden Substanz entzogene, ausgeschüttet werden dürfen.

b) Konzerneingliederung ändert aber auch stets die Verwaltungsverfassung der Gesellschaft.[40] Denn der Willensbildungsprozeß in der Gesellschaft wird grundlegend umgestaltet. Im Einzelfall geschieht dies durch Beeinflussung der Entscheidungen oder Entziehung der Kompetenz. Ferner wird stets die "prinzipielle Einheit des Verhaltensmaßstabes für Verwaltung und Aktionäre, nämlich der des erwerbswirtschaftlichen Nutzens der Gesellschaft",[41] durch Ausrichtung am Konzerninteresse beseitigt. Konzern- und Gesellschaftsinteresse aber sind alia. Auch soweit der Großaktionär eingliedert, ist sein Interesse (Konzerninteresse) gegenüber dem Minderheitsinteresse (Gesellschaftsinteresse) nicht nur quantitativ größer, sondern qualitativ anders.[42] Dieser Wechsel des Ausrichtungsmaßstabs ist aber in Wahrheit nur der Reflex der stets eintretenden Umstrukturierung der Gewinnverfassung.

c) Die genannte Strukturänderung ist heute allgemein anerkannt und im wesentlichen schon früher gesehen worden.[43] § 256 AktG findet hierin seine Rechtfertigung sowohl bezüglich der Gleichstellung der verschiedenen Verträge als auch im Hinblick auf die angeordnete Rechtsfolge der qualifizierten Zustimmung. Damit soll aber noch kein Urteil darüber gefällt sein, ob in § 256 alle notwendigen und vor allem die systematisch richtigen Konsequenzen gezogen worden sind.

---

39) Über das Verhältnis von formeller und materieller Verfassung vgl. unten § 6 I 3 a ee sowie II daselbst, Übereinstimmend Erlinghagen, aaO, S. 111.

40) wie hier Erlinghagen, aaO, S. 109 41) Erlinghagen, aaO

42) vgl. Hamburger, aaO, S. 266, Rasch, BB 59, 165ff; a. A. Schmidt, NJW 57, 1340

43) vgl. die in § 2 Anm. 33 zusammengestellte Literatur. Bedenklich die allgemein gehaltene Formulierung Baumbach-Huecks, AktG, § 146 Anm. 2 B im Anschluß an RGZ 115, 246, der Eintritt in einen Konzern brauche den Gegenstand der Gesellschaft nicht zu ändern. Gegen die Annahme einer Strukturänderung offenbar auch Wiethölter, vgl. aaO, S. 1ff.

§ 5 Die konzerneingliedernde Funktion der Unternehmensverträge.

I) Der Konzerntatbestand als von der Rechtsorganisation unabhängiges Faktum.

Betrachtet man die Konzernpraxis, so läßt sich die eindeutige Feststellung treffen, daß die innere Organisation des Konzerns grundsätzlich ohne Rücksicht auf die juristische Konstruktion der Zuordnung nach innerbetrieblichen, betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten erfolgt. Das wird auch von der betriebswissenschaftlichen Theorie entschieden gefordert.[1] Entscheidend ist die Tatsache der Eingliederung der abh. Ges. Besteht hierüber Einverständnis bei den Organen der abh. und h. Ges., so werden aus der Art der Eingliederung durch Beteiligung, Satzung oder Vertrag keine weitergehenden Folgerungen gezogen als jene, welche die Berücksichtigung der Form der Zuordnung notwendig auferlegt; bei bloßer Beteiligung etwa wird statt konkreter Weisungserteilung wie beim OrganschaftsV die Ausrichtung der Geschäftstätigkeit am Konzerninteresse indirekt, über Personenidentität oder äußerlich unverbindliche Empfehlung, bewirkt. Der materielle Zuordnungsumfang jedoch hängt von anderen Faktoren, vor allem betriebswirtschaftlichen, manchmal auch machtpolitischen oder persönlichen, ab. So entwickelt etwa der Arbeitskreis Konzernorganisation der Schmalenbach-Gesellschaft (Dr. KRÄHE)[2] die Erfordernisse der inneren Organisation eines industriellen Unternehmensverbundes (wozu auch der Konzern rechnet) rein aus betriebswirtschaftlichen Grundsätzen und praktischen Erfahrungen bei der Organisation von Einzelunternehmungen. Ob ein Horizontal- oder Vertikal-, Real- oder Personalkonzern vorliegt, ob das Zentralisations- oder Dezentralisationsprinzip vorherrschend sein soll - das sind die Kriterien des Verwaltungsaufbaus. Danach werden die Haupt-, Zwischen- und Unterverwaltungen, Zentralstellen, Führungsstellen, Schaltstellen und Eigenstellen eingerichtet, welche die Geschäftstätigkeit der Konzernbetriebe lenken und koordinieren. Von der Fülle der hierbei möglichen Lösungen gibt das Schaubild im Anhang des Arbeitsberichts über den Funktionsaufbau in der Hauptverwaltung ein anschauliches Bild. Von einer Beachtung der juristischen Eingliederungsform ist nirgends die Rede. Diese Feststellungen werden bestätigt durch eine Auswertung des im "Enquête-Ausschuß" (1928)[3] erarbeiteten Materials. Insbesondere die Vernehmungen über "Konzernbildung und Rechtsformen der Unternehmungen",[4] bei denen der Konzernaufbau einiger der wichtigsten deutschen Konzerne erörtert wurde, lassen klar erkennen, daß jede auf irgend eine Art neu eingegliederte Gesellschaft stets nur unter Berücksichtigung ihrer bisherigen Stellung im Wirtschaftspro-

---

1) vgl. Henning, Betriebswirtschaftliche Organisationslehre, 3. Aufl. 1957, S. 117
2) aaO, S. 11ff
3) I 3/1 (Wandlungen in den Rechtsformen der Einzelunternehmungen und Konzerne)
4) aaO, S. 365ff

zeß einerseits und der Konzernbedürfnisse andererseits in die einheitliche Leitung einbezogen worden ist. Dagegen zeigt sich umgekehrt, daß häufig die bereits vorliegende wirtschaftliche und organisatorische Verflochtenheit zum Abschluß von Pacht- und BÜVen geführt hat, während bei gleichstarken Unternehmungen die IG bevorzugt wird. D.h. die Praxis läßt oft die rechtliche Organisation der Unternehmungen der wirtschaftlichen, innerbetrieblichen folgen,[5] praktisch nie bedingt aber die rechtliche den inneren Konzernaufbau. Bietet sie unübersteigbare Schranken, wird sie modifiziert.

Eine Bestätigung findet die vorgetragene Beobachtung in der von der Steuerrechtsprechung getroffenen Feststellung, daß im Einzelfall Organschafts-, Pacht- und BÜVe oft kaum voneinander abzugrenzen sind, sondern ineinander übergehen. Auf derselben Ansicht basiert die feste Rechtsprechung des RFH, nach der Verpachtung oder Dienstvertrag zur Organschaft, d.h. zur Konzerneingliederung führen kann.[6] Ferner geht § 15 AktG in seinem Abstellen auf "einheitliche Leitung zu wirtschaftlichen Zwecken" auf die Auffassung zurück, daß die rechtliche Konstruktion des Konzerns zweitrangig ist und nicht zur Grundlage einer Konzerndefinition gemacht werden kann.[7] Von dorther ist schließlich auch die in der Konzernrechtsliteratur überragende Bedeutung des Begriffes der "Konzerneingliederung" verständlich, der rein an den wirtschaftlichen Tatbestand anknüpft,[8] und weiter die allseitige Betonung, UVe dürften nicht allein nach ihrem Wortlaut, sondern nur im Rahmen des wirtschaftlichen Gesamttatbestandes beurteilt werden (insbesondere Erforschung der Absicht der Konzerneingliederung).[9]

II) Die verbleibende Relevanz der Unternehmensverträge als Mittel der rechtlichen Konzernorganisation.

1) Begründung und Verstärkung der Konzernmacht durch Unternehmensverträge.

Mit der Hervorhebung, wie wenig im Grunde die rechtliche Konzernorganisation für die Konzerneingliederung indizierend ist, scheint die entscheidende Prämisse

---

5) vgl. Mestmäcker, aaO, S. 324ff

6) vgl. die Rspr.-Übersicht bei Schultze-Schlutius, aaO, Anh. S. 201, RFH 34, 176, StuW 1936 N. 440; ähnlich meint Düringer-Hachenburg, Einl. Anm. 144, die verpachtete AG sei mit der Organgesellschaft wirtschaftlich verwandt.

7) Diese Feststellungen rechtfertigen auch die faktisch orientierte steuerrechtliche Lehre von der Eingliederungstrias.

8) Mestmäcker, aaO, S. 325ff, Schultze-Schlutius, aaO, S. 44, Geiler, Gutachten Enquête-Ausschuß I 3/1, S. 80f

9) Schultze-Schlutius, aaO, S. 44. Das gilt natürlich im Steuerrecht in erster Linie: RFH 22, 183.

von der Konzerneingliederungsfunktion der UVe hinfällig zu werden. Dem ist indes nicht so. Das Abtun der UVe mit dem bloßen Hinweis auf ihren "deklaratorischen" Charakter in der Praxis kann vom systematischen Standpunkt aus nicht befriedigen. Wie bereits oben dargelegt, muß der Fall einbezogen werden, daß ein UV Konzernmacht erst begründet. Und diese Wirkung kann den UVen, seien es (schuldrechtliche oder organisatorische) GFVe, Pacht- und BÜVe oder Unterwerfungs- und Gewinnabführungsverträge, nicht abgesprochen werden. Mag der Umfang und die Nachhaltigkeit einer Konzernzuordnung auch bei Vorliegen eines UVs von außervertraglichen Umständen abhängen, alleinige rechtliche Grundlage und einziger Anknüpfungspunkt hinsichtlich der Zulässigkeit der Einflußnahme kann ein UV jedenfalls theoretisch sein.[10] Darüberhinaus stellt jeder, auch der "deklaratorische" UV die Konzernmacht auf eine neue, rechtlich selbständige Grundlage. Der Einfluß wird nicht nur praktisch verstärkt, sondern verrechtlicht, ein Faktum, das es begründet erscheinen läßt, den "Vertragskonzern" vom bloßen "Beteiligungskonzern" abzusetzen.

2) Die praktische Gleichwertigkeit aller Unternehmensverträge bei der rechtlichen Konzernorganisation.

Für den wirtschaftlichen Erfolg der Konzernzuordnung kommt es nicht so sehr darauf an, daß eine rechtliche Konzernorganisation besteht. Besteht aber eine, ist deren rechtliche Qualität zweitrangig. Das haben wir unter I) klargestellt. Im folgenden soll noch anhand der wichtigsten rechtlichen Organisationsformen, deren unterschiedliche Wirkung zuweilen stark betont wird, gezeigt werden, wie sich diese Unterschiede in der Konzernpraxis nahezu verflüchtigen.

a) Irrelevanz der Unterscheidung von Organisationsvertrag und Schuldvertrag für den Umfang der Zuordnung (insbesondere die Relativität von Geschäftsführung nach Fremdwillen und fremdbestimmtem Eigenwillen).

Für die Zuordnung durch OV bietet sich, sofern man nicht den OrganschaftsV als solchen qualifiziert, bisher kein Anschauungsmaterial. Doch entspricht dem organisatorischen Unterwerfungsvertrag zumindest der äußeren Form nach der heute praktizierte OrganschaftsV. Er enthält eine generelle, abstrakt formulierte Weisungsunterstellung. Gesetz, Satzung und das daraus resultierende "eigene Gesellschaftsinteresse" der abh. j. P. sollen beim OrganschaftsV das Weisungsrecht begrenzen. Beim echten OV bestimmt nach WÜRDINGER[11] das Gesetz die Schranke der Leitungsmacht, wird also, wie z. B. der Amtl. E für den Beherrschungsvertrag bestimmt, im Regelfall auch die Durchsetzung von Konzerninteressen zulassen. Das war aber beim bisherigen OrganschaftsV praktisch auch nicht anders. Die Tat-

10) so zu Recht auch Würdinger, Aktienrecht, S. 190 u. 195ff, bes. 214

11) Aktienrecht, S. 208

sache ist bekannt, daß das "Konzerninteresse" meist zugleich als das "Gesellschaftsinteresse" behandelt wurde. Der OrganschaftsV kann daher zum Zwecke des Vergleichs den organisatorischen Weisungsvertrag ersetzen. Schuldrechtliches (so bisher wenigstens die unangefochtene h.M.) Gegenstück des weisungsbindenden UVs ist der GFV (§ 675 BGB). Bei ihm findet das Weisungsrecht seine zusätzliche Begrenzung aus dem Kausalverhältnis. Trotzdem zeigt ein Vergleich der Konzernpraxis, daß sich kaum Unterschiede in der Handhabung der Leitungsbefugnis durch die Konzernspitze finden lassen. So oder so wird das Unternehmen als zugeordnet, als "in Dienst gestellt" betrachtet. Von dieser Tatsache geht auch NÄGELI[12] aus und will deshalb neben der bisher gebräuchlichen mittelbaren Organbindung durch Schuldvertrag auch unmittelbare, wie etwa ein unmittelbares Weisungserteilungsrecht, zulassen, der Sache nach also den OV. Beide Formen bewirken dieselbe wirtschaftliche Abhängigkeit. Es mögen gewisse Unterschiede in der Straffheit der Leitung bestehen, wenn eine voll abhängige Tochtergesellschaft durch OV eingegliedert worden ist bzw. eine nur zu etwa 40 % beherrschte durch GFV. Es entspricht aber nicht der tatsächlichen Gestaltung, wenn WÜRDINGER[13] den schuldrechtlichen Verträgen eine unüberwindbare immanente Eingriffsschranke zusprechen will. Er meint, diese schuldrechtlichen Verträge seien "bei Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Grundsätze (!) nicht geeignet, der Durchsetzung beliebiger Konzerninteressen zum Nachteil des anderen Vertragspartners zu dienen". Diese Grundsätze finden eben keine Anwendung, werden durch die Eigenart der Konzerneingliederung überspielt, bei der mehr oder weniger das Konzerninteresse als das "wohlverstandene Gesellschaftsinteresse" statuiert wird.[14] Auch die Grenze, die WÜRDINGER dem Kausalverhältnis der Geschäftsführung entnehmen will, daß nämlich die h.P. nur in die laufende Geschäftsführung eingreifen, nicht dagegen Fragen der Grundsatzunternehmenspolitik regeln dürfe, ist bei einem konzerneingliedernden GFV illusorisch. Greift man BALLERSTEDTs[15] Unterscheidung von Geschäftsführung nach Eigenwillen bei der selbständigen AG und nach fremdbestimmtem Eigenwillen bei der Organschaft auf und spricht man in Fortführung beim OV von Geschäftsführung nach Fremdwillen, so läßt sich feststellen, daß

---

12) aaO II, S. 502f

13) Schmidt-Festschrift, S. 286, Aktienrecht, S. 205f. Vgl. unten § 6 II, insbesondere auch zur Frage, ob diese Grenze wenigstens theoretisch besteht.

14) wobei häufig das Konzerninteresse wirklich auch "wohlverstandenes" und damit echtes "eigenes Gesellschaftsinteresse" = Minderheitsinteresse ist. Man sollte jedoch vermeiden, nach Strukturänderung einer selbständigen in eine abh. Konzerngesellschaft noch von "eigenem Gesellschaftsinteresse" zu sprechen. Das geschieht lediglich im Blick auf den Gläubiger- und Minderheitenschutz und bedeutet wieder eine unzulässige Vermischung von systematischen und Schutzgesichtspunkten.

15) DB 56, 815

sich in der Konzernpraxis ein erheblicher gradueller Leitungsunterschied bei Geschäftsführung nach Fremdwillen und fremdbestimmtem Eigenwillen nicht finden läßt.[16]

b) Irrelevanz der Unterscheidung nach der Art der Schuldverträge für den Umfang der Zuordnung (insbesondere die Relativität von Fremdregie und Eigenregie mit Ergebniszuordnung).

Auffallend ist bei einigen Schriftstellern, daß sie eine Problematik nur bei (mittelbaren oder unmittelbaren) Organbindungen der abh. j. P. sehen, nicht jedoch dort, wo die Organzuständigkeit faktisch ausgehöhlt wird, indem wie bei Verpachtung und Betriebsüberlassung das Unternehmen als Ganzes der Verwaltungsbefugnis der abh. Ges. entzogen wird. Typisch hierfür ist die Argumentation KOSTs,[17] daß die Vertretungsmacht des Vorstands nur dort beschränkt sei, wo er durch seinen Vertragsschluß praktisch (die anderen) Gesellschaftsorgane binde. Bezieht man diese Ansicht auch auf die Selbstbindung des Vorstands, so erfordert wohl die Geschäftsführung nach Weisung (Eigenregie mit Ergebniszuordnung) eine Zulassung durch die HV, nicht aber die Verpachtung (Fremdregie). Jedenfalls aber unterliegen alle eigenverwaltungsaushöhlenden Verträge nicht der Kontrolle der HV. Daß das nicht richtig sein kann und die Zuordnung des ganzen Unternehmens der Geschäftsführung im fremden Interesse gleichwertig, wenn nicht überlegen ist, hat denn auch bereits der Gesetzgeber des Jahres 1937 erkannt. Führt bei Betriebsüberlassung etwa der Vorstand der abh. Ges. als Angestellter der h. P. das überlassene Unternehmen selbst weiter unter Weisungsempfang, so läßt sich praktisch keinerlei Unterschied mehr feststellen gegenüber einer Geschäftsführung. Die Gleichwertigkeit zeigt sich insbesondere daran, daß im Innenverhältnis, bei Pacht sogar im Außenverhältnis, auf fremde Rechnung gewirtschaftet wird. Angefügt sei, daß es selbstverständlich auch keine Rolle spielt, ob jedes Einzelgeschäft auf Rechnung der h. P. geht oder diese den Jahresgesamtertrag übernimmt.

c) Gleichwertigkeit als Synthese von a) und b).

Wir haben die Relativität der rechtlichen Zuordnungsunterschiede im Tatsächlichen nachgewiesen im Vergleich zwischen organisatorischem Unterwerfungsvertrag und schuldrechtlichem Geschäftsführungsvertrag einerseits, letzterem und den Pacht- und BÜVen andererseits. Damit ist die praktische Gleichwertigkeit aller vertragsrechtlichen Konzernierungsmittel klargestellt. Eine solche nimmt auch FLUME[18] an. Er meint z. B., mit den verschiedenen Vertragstypen des Amtl. E könne jede Herrschaftsperson jeweils praktisch dasselbe erreichen.

---

16) Abzulehnen daher Erlinghagen, aaO, S. 107, der meint, strengere Anforderungen aufstellen zu müssen bei Zuordnung der j. P. als bei Zuordnung des Unternehmens.

17) aaO, S. 15ff; betont wie hier Schütze, aaO, S. 27ff

18) Frankfurter Publizitätsgespräch S. 72f.

III) Konzerneingliedernde Unternehmensverträge als strukturändernde Verträge.

1) Die Änderung der materiellen Verfassung der abh. Ges.

Mit der Feststellung, daß alle konzerneingliedernden UVe grundsätzlich und gleicherweise geeignet sind, Konzernmacht zu begründen bzw. zu verrechtlichen, ist zugleich ihre strukturändernde Wirkung bejaht. Denn diese liegt in jeder Konzernzuordnung. Diese Aussage gilt auch für die bloße rechtliche Verfestigung. Denn daß es sich lediglich um eine solche handelt, liegt im rein Tatsächlichen begründet. Rechtlich ist der Vorgang derselbe wie bei Begründung von Konzernmacht. Die strukturändernde Wirkung ist daher auch hier gegeben, nur kann sie sich z. Zt. nicht selbständig auswirken und läuft nur parallel. Das kann sich jedoch jederzeit ändern, falls sich die tatsächliche Machtlage verschiebt. Dann entfaltet der UV seine Wirkung. Der zweite, selbständige Abhängigkeitsgrund wird relevant. Die gegenteilige Ansicht müßte zu der seltsamen Konsequenz führen, daß bei Wegfall der bisherigen Machtlage der unverändert bleibende UV ex nunc eine Strukturänderung bewirkte. Das setzte voraus, daß die abh. Ges. mindestens eine logische Sekunde lang wieder selbständig geworden wäre. Dieser Annahme steht aber der fortdauernde UV zwingend entgegen.

2) Die Änderung der formellen Verfassung der abh. Ges.

Jeder materiellen Verfassungsänderung hat bei j. Pen eine solche der formellen Verfassung zu entsprechen. Das kann der OV bewirken. Ob es auch der Schuldvertrag kann, ist im folgenden zu prüfen. Dabei wird auch zu der Frage Stellung zu nehmen sein, ob der konzerneingliedernde Schuldvertrag vielleicht notwendige immanente Schranken aufweist, die es auch bei Konzernzuordnung überhaupt nie zu einer materiellen Verfassungsänderung kommen lassen. Das bedeutete eine erhebliche Einschränkung unserer soeben getroffenen Feststellung, UVe jeglicher Rechtsnatur hätten eine strukturändernde Wirkung!

§ 6 Die Grenze des schuldrechtlichen Vertrages als Mittel zur rechtlichen Konzernorganisation.

I) Die Grenze der Abhängigkeit der j.P. als Obergrenze jeder Abhängigkeit.

1) Die ältere Lehre von der Schranke im Wesen der j.P.

a) Das RG hatte in den bekannten Entscheidungen 3, 123 vom Jahre 1881 (rumänischer Eisenbahnfall) und 82, 308 vom Jahre 1913 (deutsch-amerikanischer Petroleumstreit) hinsichtlich der Zulässigkeit von Unterwerfungsverträgen die j.P. mit der natürlichen Person gleichgestellt und die Auffassung vertreten, eine generelle Unterwerfung widerspreche dem Wesen der j.P. Bei einem unabhängig von der GV von dritter Seite eingesetzten und von dort weisungsempfangenden Vorstand entbehre die AG der "zu ihrer Wesenheit erforderlichen Organisation". "Die GV kann die Gesellschaft in diese Lage ebenso wenig versetzen, wie eine handlungsfähige physische Person durch freiwillige Unterwerfung unter die Vormundschaft eines anderen eine Selbstentmündigung herbeiführen könnte" (3, 132) und "eine Gesellschaft kann sich auflösen, aber nicht selbst entmündigen, so wenig sich eine natürliche Person selbst entmündigen kann" (82, 317).

b) Im Zusammenhang damit stand die Annahme der Schranke der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) bei solchen "Knebelverträgen", die einen "Eingriff in die Freiheit und Selbständigkeit der Beklagten enthalten" und die "Erniedrigung der Beklagten zum willenlosen Werkzeug der Klägerin herbeiführen" (82, 313f). Die Bewertung des objektiven Vertragsinhalts zwischen den j.Pen, losgelöst von den hinter den j.Pen stehenden natürlichen Personen, unabhängig aber auch von der Art des Zustandekommens des Vertrags, seinen Absichten und Motiven, als eines gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäfts kann nur auf der obigen Grundlage eines letztlich unabdingbaren selbständigen "Wesens" der j.P. vorgenommen werden. Das RG hat denn auch im Petroleumfall, dessen Entscheidung es auf § 138 stützte, wie im rumänischen Eisenbahnfall, bei dem es allein auf einen Wesensverstoß abstellte, den Vergleich mit der natürlichen Person vorgenommen. Dieser auf dasselbe Vorstellungsbild zurückgehende Zusammenhang von Wesensschranke und Sittenschranke in der Rspr. des RG ist in der Literatur nicht genügend beachtet worden; die Sittenwidrigkeit wurde meist als selbständige Prüfungsgrundlage für vertraglich begründete Abhängigkeitsverhältnisse betrachtet.[1]

In der Tat unterliegt die Sittenwidrigkeit einer selbständigen Nachprüfung. Darin, daß der Vertrag eine, wenn auch noch so weitgehende Abhängigkeit der j.P. begründet, kann jedoch nie ein Sittenverstoß liegen. Der objektive Zuordnungsum-

---

1) so insbes. Hamburger, aaO, S. 288ff, Haußmann, Grundlegung, S. 148ff

fang ist sittlich indifferent. Darüberhinaus wird man FROWEIN[2] darin zustimmen müssen, daß die Begriffe der guten Sitten und der j.P. auf zwei verschiedenen Ebenen liegen. Dagegen erscheint es zulässig, auf die hinter der j.P. stehenden natürlichen Personen abzustellen und zwar nicht nur auf die Aktionäre, sondern auch auf die Gläubiger der Gesellschaft, und hier, sei es wegen der nach geltendem Recht noch möglichen Gefährdung finanzieller Interessen, sei es auch oder nur wegen der Art des Zustandekommens,[3] im Einzelfall beim Vertragsschluß einen Sittenverstoß anzunehmen.[4] Damit ist u.a. die Frage des Minderheiten- und Gläubigerschutzes aufgeworfen, nicht aber kann in der Zuordnung der Gesellschaft als solcher ein Sittenverstoß erblickt werden.[5]

2) Die Auffassung von der j.P. als ethisch wertfreier Rechtskonstruktion.

Die Ansicht des RG hat bereits in früherer Zeit fast einhelligen Widerspruch der Lehre gefunden.[6] Die heute in der wirtschaftsrechtlichen Literatur wohl vorherrschende Auffassung geht dahin, daß die j.P. als eine rein konstruktive Zweckschöpfung des Gesetzgebers "ethisch wertfrei" sei, wie es WÜRDINGER[7] formuliert (MESTMÄCKER:[8] "wertneutral"). Noch deutlicher tritt diese Auffassung bei FLUME[9] hervor, der keineswegs daran denkt, der Organgesellschaft als "nuda persona" und "formales instrumentum" die Rechtsfähigkeit abzusprechen. Demgegenüber meint v. GODIN,[10] die j.P. sei frei und selbständig und müsse wie ein Mensch behandelt werden; ebenso betont STRAUSS[11] gegen WÜRDINGER die Eigenständigkeit der j.P., "die nicht zu einer inhaltslosen Hülse denaturiert werden darf". Das gelte umso mehr, als nach Art. 19, III GG inländischen j.Pen die Grundrechts-

---

2) Frowein, Abraham, Knebelungsverträge bei j.Pen, Diss. Bonn 1927

3) Es ist anerkannt, daß ein Rechtsgeschäft wegen dem sich aus seinem Inhalt, Zweck und Motiv ergebenden Gesamtcharakter gegen die guten Sitten verstossen kann, RGZ/GS 150, 1, BGH NJW 51, 397, Palandt, 18. Aufl. 1959, § 138 Anm. 1.

4) so im Ergebnis auch Düringer-Hachenburg, § 226 Anm. 47 (Flechtheim); abl. Mestmäcker, aaO, S. 120.

5) so zu Recht schon Hamburger, aaO, S. 289. Diese Auffassung liegt auch bei Flechtheim, Kartellrecht, S. 274 und Haußmann, Grundlegung, S. 148ff zugrunde, wenn sie unter dem Gesichtspunkt des § 138 - zu Recht - die Fälle unterscheiden, wo sich eine bestehende Gesellschaft einer anderen unterwirft, von denen, wo sich eine Gesellschaft eine j.P. als Organgesellschaft ad hoc neu schafft.

6) Haußmann, Grundlegung, S. 150, Hamburger, aaO, S. 287ff

7) Schmidt-Festschrift, S. 285, Aktienrecht, S. 11, Schilling, JZ 57, 530

8) aaO, S. 325 9) DB 55, 485ff 10) 42. DJT, Disk. F 65

11) Grundlagen und Aufgaben der Aktienrechtsreform, 1960, S. 29

fähigkeit zuerkannt sei. Für das Schweizer Recht will MAURER[12] der j.P. ein Persönlichkeitsrecht zusprechen, aus dem sich die Grenze ihrer Abhängigkeit ergeben soll. Er stützt sich dabei auf Art. 27, 28 und 53 ZGB. Letzterer besagt, die j.Pen seien aller Rechte und Pflichten fähig, die nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen zur Voraussetzung hätten. Nach MAURER bedeutet es eine Abschwächung des Problems, wenn man die Frage der Grenzziehung der Abhängigkeit einfach als Problem des Minderheiten- und Gläubigerschutzes ansieht. Er läßt es jedoch ausdrücklich dahingestellt, ob für das deutsche Recht etwas anderes gelte.[13]

Auf die an sich nunmehr notwendige allgemeine und nicht auf j.Pen des Handelsrechts beschränkte Auseinandersetzung um das Wesen der j.P., insbesondere mit der Theorie der Zweckpersonifikation (Enneccerus-Nipperdey), muß hier verzichtet werden. Doch wird gerade auch im Bereich der j.Pen des Wirtschaftsrechts ersichtlich, daß weder eine Anerkennung noch eine fiktive Begabung der j.P. mit personalem Gehalt unerlässlich ist. Auch die als dürres Organisationsgerüst verstandene j.P. vermag im Einklang mit den zum Schutze der natürlichen Personen entwickelten Rechtsinstituten ihre Funktion als Koordinator von Kollektivinteressen voll zu erfüllen. Für ein Durchschlagen der ethischen Werthaftigkeit der hinter ihr stehenden natürlichen Personen zur Wahrung derer Rechtsstellungen besteht kein Bedürfnis. Gläubiger- und Minderheitenschutz bei der AG etwa können, wie der Amtl.E beweist, auch ohne zwingende Statuierung einer selbständig und eigenverantwortlich wirtschaftenden AG erreicht werden. Der vorherrschenden wirtschaftsrechtlichen Auffassung ist daher zuzustimmen. Sie mag im übrigen der heutigen nüchternen und skeptischen Betrachtungsweise menschlicher Schöpfungen im allgemeinen und gesetzgeberischer im besonderen entsprechen, die sich zu Recht scheut, dem geschaffenen Objekt personalen und ethischen Gehalt zuzuerkennen, solange kein gebieterisches Interesse dazu nötigt.

3) Die konkrete Ausgestaltung der AG im geltenden Recht und im E.

a) Eine Diskussion um Struktur und Strukturänderung der AG nach geltendem Recht setzt eine Klärung der gesetzlichen Grundstruktur voraus. Grundstruktur kann dabei in dem Sinne verstanden werden, daß es gesetzliche Grund- und gesetzliche Ausnahmestrukturen gibt oder das Gesetz nur einen einheitlichen Strukturtypus vorsieht, der daher umfassender und notwendig unschärfer ist. Die aktienrechtliche Literatur läßt diese Trennung überwiegend vermissen. Erschwerender wirkt noch, daß sie häufig keine Unterscheidung zwischen gesetzlichem Typ und Lebenstyp trifft und ungeprüft eine Gleichsetzung vornimmt. Hier bestehen jedoch vielfältige Möglichkeiten des Auseinanderfallens: jedem Lebenstyp kann ein gesetz-

---

12) aaO, S. 59, 99; abl. Erlinghagen, aaO, S. 36 13) aaO, S. 120

licher Typ entsprechen, oder vielerlei Lebenstypen können unter einen sehr weiten gesetzlichen Typenbegriff fallen (anders ausgedrückt: es gibt gar keine besonderen gesetzlichen Typen der AG, sondern nur "die AG"), schließlich könnten sich bestimmte Lebenstypen contra legem entwickelt haben, weil ein entsprechender gesetzlicher Typ nicht vorgesehen ist.

Als Kriterien zur Erfassung des Wesens eines Typus bieten sich die mit ihm verfolgten Zwecke und Funktionen an. Unter Funktionen werden dabei in diesem Zusammenhang spezifischere Einzelzwecke im Rahmen von Hauptzwecken verstanden.[14] Bezüglich der Hauptzwecke lassen sich bei der AG als "Obertypen" Formen mit wirtschaftlicher Zielsetzung[15] einerseits, ideeller Zielsetzung andrerseits unterscheiden. Das gilt für die AG als Lebenstyp wie als gesetzlicher Typ. Sie darf, wie das auch § 1 GmbHG für die GmbH ausdrücklich bestimmt, zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck errichtet werden.[16] Bezüglich der Funktionen der AG, aus deren Verschiedenartigkeit sich weitere Typen aussondern lassen, ist nach gesetzlichen Typen und Lebenstypen zu unterscheiden:

b) Die Lebenstypen ergeben sich als eine Auswirkung von hauptsächlich drei Funktionen, die bei der uns interessierenden Erwerbs-AG in der Praxis zu beobachten sind. Es sind die Kapitalsammlungs- (Finanzierungs-) Funktion, die Organisationsfunktion und die Risikofunktion.[17] Die Kapitalsammlungsfunktion bedarf keiner näheren Erläuterung; sie erklärt, daß die AG zur beherrschenden Rechtsform der kapitalintensiven kapitalistischen Unternehmungen geworden ist. Die Organisationsfunktion dient dazu, die Großunternehmung, die ein Konzern darstellt, organisch aufzuteilen. Mit der Risikofunktion wird eine angemessene Haftungsbeschränkung durch Ausgliederung einer AG erreicht. Die Lebenstypen der Kapitalverwaltungs-

---

14) Die Lit. grenzt hier zuweilen nicht genau ab; vgl. Wiethölter, Interessen, S. 1ff

15) Wirtsch. Zielsetzung bedeutet dabei regelmäßig "Verfolgung von Erwerbszwekken". Doch fällt auch die Erfüllung sonst. wirtschaftl. Zwecke darunter. Eine Vermögensverwaltungsgesellschaft kann etwa selbst keine Erwerbszwecke verfolgen und satzungsmäßig oder praktisch gewinnlos abschließen, hat aber trotzdem eine wirtschaftliche u. keine ideelle Zielsetzung, vgl. Schlegelberger-Quass., § 3 Anm. 1. Auch i.S. der BGB-Terminologie beim Verein, §§ 21, 22, liegt hier eine wirtschaftliche Zwecksetzung vor, die auch dann gegeben ist, wenn die erlangten vermögenswerten Vorteile nicht dem Verein, sondern unmittelbar den Mitgliedern zufließen, Palandt, § 21 Anm. 1. Von Erwerbs-AG wird gesprochen, gleichgültig, ob die AG selbst erwirbt oder nur mittels ihrer bei anderen Unternehmungen Gewinn erzielt wird.

16) Baumbach-Hueck, GmbHG, § 1 Anm. 1 A

17) Erlinghagen, aaO, S. 68ff, Wiethölter, aaO, S. 2

(Holding), Organ- und Konzern-AG gehen auf die Organisationsfunktion zurück, die Einmann-AG auch oder nur auf die Risikofunktion.[18] Diese zeigt sich auch bei der verrenteten AG, nur ist hier zusätzlich sogar das Risiko der Gesellschaft selbst begrenzt. Die "Familien-AG" als Sondertypus kann hier unberücksichtigt bleiben.[19]

Im Zuge der wirtschaftlichen Entwicklung von der "individualistischen Geschäftstätigkeit zur kollektivistischen Verbundwirtschaft von heute" (WIETHÖLTER[20]) hat sich im Bereich dieser Lebenstypen das Schwergewicht verlagert. Die Finanzierungsfunktion ist hinter die Organisationsfunktion zurückgetreten.[21] Was 1870 die Regel war (Kapitalpumpenfunktion), ist heute Ausnahme. Die Konzern-AG ist vorrangiger Lebenstypus.

c) Nur spärlich erörtert worden ist, was als gesetzlicher Typus der AG anzusehen ist. Vorweg muß die Auffassung FISCHERs[22] zurückgewiesen werden, dem AktG 1937 liege als alleiniges Leitbild die in sich unabhängige, sich selbst verwaltende und eine selbständige wirtschaftliche Unternehmenseinheit darstellende AG zugrunde. FISCHER begeht in seiner Argumentation den Fehler, dogmatische Erwägungen mit solchen des Gläubiger- und Minderheitenschutzes zu vermischen. Weil das geltende Aktienrecht keine ausdrücklichen Schutzbestimmungen enthält bei Abhängigwerden der AG außer § 256, soll der Typus der selbständigen Gesellschaft als unabänderlich statuiert werden.

WIETHÖLTER[23] ist - so der Sinn seiner Ausführungen zur angeblichen Wandlung des Wesens der AG - der Ansicht, es gäbe keine speziellen gesetzlichen Typen der AG, die den Lebenstypen entsprächen. Die AG habe eine verfassungsmäßige Variationsbreite, mit der sie alle Lebenstypen zu erfassen vermöge. Damit könne sie im Zuge der wirtschaftlichen Verlagerung bei den Lebenstypen weder ihre Struktur noch ihr inneres Wesen geändert haben. Der ganze Vorgang stelle eine bloße "Akzentverschiebung" dar. Was wie Wandlung der AG anmute, sei entweder anders geartete Ausübung der in dieser Gesellschaftsform beschlossenen

---

18) vgl. zu diesen Typen Baumbach-Hueck, AktG, Grundzüge vor § 1 Anm. 1 B

19) Eine andere Einteilung trifft Wiethölter, Frankfurter Publizitätsgespräch, S. 36f. Er unterlegt dem heutigen Aktienrecht drei Grundmodelle: 1) die "inkorporierte OHG" (closely held corporation) mit übersichtlichem Mitgliederbestand, meist eine Familiengesellschaft, 2) die eindeutig majorisierte AG, meist Konzerngesellschaft, und 3) die große Publikumsgesellschaft.

20) aaO, S. 1ff

21) Wiethölter, aaO, meint, die Finanzierungsfunktion spiele auch bei der Konzernorganisation noch herein, nur trete an die Stelle des "großen" öffentlichen Kapitalmarktes der "kleine" innere durch verbundene Unternehmen.

22) AcP 154, 85ff, insbes. 115ff; 181ff, insbes. 239ff

23) aaO

Gestaltungsmöglichkeiten oder aber nicht mehr die AG in freier Einzelentfaltung.[24]

Auch WIETHÖLTER kann nicht gefolgt werden. Die Lösung ergibt sich vielmehr aus der Fortführung von FISCHERs einseitigem Ansatz. Danach verkörpert das von ihm so treffend herausgearbeitete Bild der wirtschaftlich selbständigen AG zwar nicht den alleinigen, aber doch den gesetzlichen Grundtypus, neben welchem gesetzliche Ausnahmetypen stehen. Solche sind die gemeinschaftlich wirtschaftende AG und die Organ- bzw. Konzern-AG[25] (deren Besonderheit DUDEN[26] mit "Gesellschaft im Konzern" - "i.K."- ausdrückt). Zweifelhaft ist, ob die Rentnergesellschaft, der Rententypus (welcher auch die reine IG einschließt, vgl. unten § 11 II 3 a), neben unabhängigem, abhängigem und Gemeinschaftstypus einen selbständigen Ausnahmetypus darstellt. Im Sinne einer exakten Systematik ist dies gewiß der Fall (vgl. unten § 11 II 3, insbes. c), das AktG indes differiert in § 256 nicht nach konzerninternen bzw. konzernexternen Pacht- etc -verträgen, wohl mit aus dem Gesichtspunkt heraus, daß eine solche Abgrenzung praktisch nur schwer zu ziehen ist. Andrerseits erfaßt § 256 unstreitig auch reine Verrentungsverträge, während § 15 AktG bewußt auch auf Vertragskonzerne abstellt, also eine Unterscheidung nahelegt. Die Frage kann letztlich offen bleiben. Zu betonen ist nur, daß der Rententypus, soweit er nicht als selbständiger Typus aufgefaßt wird, unter den abhängigen Typus (bzw. Gemeinschaftstypus bei der reinen IG) zu rechnen ist, mit allen im folgenden entwickelten Konsequenzen.

Als Begründung der "Grundtypus-Auffassung" kann herangezogen werden, daß die Konzeption des AktG 1937 in ihren Grundzügen eindeutig auf die wirtschaftlich unabhängige Einzel-AG zugeschnitten ist. Aus der "eigenverantwortlichen Leitung" der Gesellschaft durch den Vorstand gemäß § 70 AktG darf dies allerdings nicht schon geschlossen werden. Selbständigkeit des Vorstands (im Verhältnis zu den anderen Gesellschaftsorganen) und Selbständigkeit der AG (im Verhältnis zu Dritten) sind zu unterscheiden. Letztere kann fehlen, erstere dagegen nicht. Auch der Vorstand einer Konzern-AG handelt nach geltendem Recht voll unter eigener Verantwortung.[27] Nur dies will § 70 klarstellen.

---

24) vgl. aber seinen widersprüchlichen und inhaltlich sicher unrichtigen Hinweis in Frankf. Publizitätsgespräch, S. 36f, unser Aktienrecht gehe seit über 100 Jahren idealtypisch vom Modell der "inkorporierten OHG" (s. dazu oben Anm. 19) aus.

25) Da die Praxis heute weitgehend der betriebswirtschaftlichen Lehre von der Konzernorganisation folgt, nach der es zweckmäßig ist, den Untergesellschaften einen relativ weiten Spielraum zu selbständigen Entscheidungen zuzugestehen, finden sich jedoch sogar bei der Konzerngesellschaft Anklänge an den Grundtypus.

26) BB 57, 1234

27) so zutreffend v. Godin-Wilhelmi, aaO, § 70 Anm. I

Auch nach der Theorie von Grund- und Ausnahmetypus (bzw.: der gesetzlichen Typenmehrheit) sind, wie das einem ordnungskonformen wirtschaftlichen Bedürfnis entspricht,[28] alle Lebenstypen gesetzlich zulässig. Nur ihr gesetzliches Verhältnis zueinander ist ein andres als es WIETHÖLTER sieht. Keineswegs darf die Theorie als gekünstelter Versuch, eine Kongruenz von Lebenstypen und gesetzlichen Typen in das AktG hineinzuinterpretieren, abgetan werden. Nicht jedem Lebenstypus soll ein gesetzlicher Typus entsprechen. Gewiße Lebenstypen wie die Einmann-AG, die "inkorporierte OHG" (WIETHÖLTER) oder die Holdinggesellschaft, können z.B. dem selbständigen Grundtypus oder dem Ausnahmetypus der abhängigen AG unterfallen. Die Typisierung soll nur dazu verhelfen, einschneidende Vorgänge im gesellschaftlichen Leben als solche auf der Verfassungsebene zu begreifen und damit satzungspflichtig zu machen. Dabei ist zuzugeben, daß es sich - losgelöst einmal vom geltenden Aktienrecht - bei der Frage, ob ein Wechsel von einer selbständigen zu einer unselbständigen AG bzw. einer Rentnergesellschaft eine Verfassungswandlung bedeuten soll, um eine weitgehend rechtspolitische Wertungsfrage handelt. Die französische Rechtsprechung, größtenteils gebilligt durch die Literatur, hat z.B. ständig angenommen, Verpachtung bedeute nur ein "simple changement du mode d'administration".[29] Uns erscheint diese Wertung, geht man von der Funktion der Satzung unter vergleichender Heranziehung des in allen Rechtskreisen üblichen Satzungsinhalts aus (publizitätsbedürftige essentialia des Gesellschaftslebens), sowohl systematisch als auch rechtspolitisch verfehlt; das geltende wie das zukünftige deutsche Aktienrecht ermöglicht es, zu dem anderen, hier vorgetragenen Ergebnis zu gelangen.

Ob sich STAMMBERGERs[30] Feststellung, die unabhängige AG (mit breitgestreuten Aktien) sei das Modell, von dem das bisherige Aktienrecht nahezu allein ausgehe, mit der in dieser Arbeit entwickelten Ansicht deckt, und ob vielleicht auch DUDENs Bemerkung bezüglich der Gesellschaft "i.K." auf eine entsprechende Grundkonzeption zurückgeht, kann hier dahingestellt bleiben. In der übrigen Literatur wurde eine Theorie der gesetzlichen Typenmehrheit, soweit ersichtlich, bisher nicht vertreten.[31]

---

28) so Erlinghagen, aaO, S. 68ff

29) s. den in der Einführung a.E. zit. Art. d. Verf.

30) Zur großen Aktienrechtsreform, Schriftenreihe der Forschungsstelle der Friedrich Ebert-Stiftung, Hannover 1962, S. 15

31) Aus den Kommentaren zum AktG ist zu dieser Frage nichts zu entnehmen. Bei § 70 etwa wird nur das Verhältnis des Vorstandes zu den anderen Gesellschaftsorganen erörtert, nicht zu Dritten. Hueck meint (in Baumbach-Hueck, 11. Auflage 1961, Anm. 1 B vor § 1), wirtschaftlich betrachtet könnten verschiedene Arten von AGen unterschieden werden, wenn auch das Gesetz in rechtli-

Der Übergang vom Typus der selbständigen zum Typus der unselbständigen AG beinhaltet somit nicht nur eine Lebenstypenänderung, sondern auch einen Wechsel im gesetzlichen Typus. Es handelt sich um eine Strukturänderung und nicht nur um eine Akzentverschiebung i. S. WIETHÖLTERs. Ein tiefergreifender Einbruch in die Struktur einer bisher selbständigen Gesellschaft als durch Eingliederung in einen Konzern ist gar nicht denkbar. Unter "Akzentverschiebung" wird aber gemeinhin etwas anderes, Schwächeres verstanden.[32] Abzulehnen wäre auch die Ansicht, mit dem Lebenstypus habe sich der gesetzliche Grundtypus der AG, wie er durch aktuelle Gesetzesinterpretation zu erlangen sei, gewandelt. Der gesetzliche Regeltypus ist geblieben. Nur hat sich das gesetzliche Verhältnis von Regel und Ausnahme seit 1870 in der Praxis in sein Gegenteil verkehrt.

Für die Ablehnung der Lehre von der verfassungsmäßigen Variationsbreite spricht auch, daß andernfalls das Anliegen des AktG, Satzungsänderungen nur in erschwerter Form zuzulassen, zunichte gemacht würde. Denn als materielle Verfassungsänderung bedarf die Strukturänderung durch Typenwechsel nach unserer Auffassung auch der formellen Satzungsänderung. WIETHÖLTERs Ansicht klammerte gerade die schwerwiegendsten materiellen Verfassungsänderungen aus den Vorschriften über die Satzungsänderung aus. Ein verfassungsmäßiger Spielraum in diesem Umfang würde der Grundkonzeption dessen, was die Satzung in Verbindung mit der zwingenden gesetzlichen Regelung leisten soll, nicht mehr gerecht. Die Satzung könnte ihre Funktion der Klarstellung der verfassungsmäßigen Grundstruktur der betreffenden AG nicht mehr erfüllen (vgl. dazu auch unten § 8 I u. II). Es sollte einleuchten, daß dies nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein kann und auch nicht in das Gesetz hineingelegt werden sollte.

---

cher Beziehung i. a. keine verschiedene Behandlung vorsehe. Das kann sowohl für Wiethölters als für die hier vertretene Ansicht sprechen. Auch Würdinger äußert sich in seinem Aktienrecht 1958 nicht zur Typenfrage. Erlinghagen, aaO, S. 29, spricht zwar von der "typischen" AG, die wirtschaftlich selbständig und eigennützig handle, im Gegensatz zu atypischen Formen (S. 70). Übereinstimmend mit der Erkenntnis von Typ und Typenverschiebung wäre sein später aufgestelltes Erfordernis der Satzungsänderung bei Organschaft (S. 156). Auch er anerkennt jedoch wohl nur verschiedene L e b e n s typen.

32) Unmittelbar hat Wiethölter von dieser "Akzentverschiebung" nur bei der Schwerpunktverlagerung gesprochen, welche im Bereich der Lebenstypen im Laufe von neun Jahrzehnten wirtschaftlicher Entwicklung erfolgt ist. Da der Vorgang einer ad hoc erfolgenden Konzerneingliederung einer bisher selbständigen Gesellschaft jedoch prinzipiell gleicher Natur ist, muß Wiethölter auch hierbei notwendig nur von einer Akzentverschiebung ausgehen. Das zeitliche Moment ist für die Wertung indifferent.

aa) Es bedarf noch einiger Hinweise, daß die Selbständigkeit der AG nicht zwingend ist, sondern nur die Grundregel darstellt. Der dispositive Charakter der Grundtypus-AG tritt allerdings nur verschleiert zutage. Doch kann er in der, wenn auch inhaltlich spärlichen, so doch durchgängigen Anerkennung der abh. AG und der derzeit praktizierten Konzernierung im AktG erblickt werden (vgl. insbesondere §§ 15, 51, 65, 114, 256, aber auch alle anderen Bestimmungen, in denen Konzernunternehmen erwähnt sind wie § 95 oder die Bilanzierungsvorschriften, ferner etwa § 18 der 1. DVO zum AktG). Wenn das AktG den Konzern als solchen zuläßt und fördert, muß es auch das Phänomen der abhängigen AG in allen Spielarten anerkennen. Die Durchsetzung von Elementen des Grundtypus im unselbständigen Konzerntypus zu verlangen, wäre ein Widerspruch des Gesetzes in sich. Die Anerkennung der abhängigen Gesellschaftstypen ergibt sich aber nicht nur aus einer objektiven, den heutigen Gestaltungen des Wirtschaftslebens Rechnung tragenden Auslegung des Gesetzes. Sie muß auch schon als Auffassung des Gesetzgebers von 1937 angesehen werden, dem sonst ein venire contra factum proprium vorgeworfen werden müßte.[33] Mit dem Erlaß des § 18 der ersten DVO zum AktG, wo in Erleichterung zu § 86, II, 2 die einheitliche Konzernleitung begünstigt wurde, bestätigte der Gesetzgeber sogar ausdrücklich, daß er die Konzernentwicklung zustimmend verfolgte. Denn es war ihm klar, daß er mit dieser Vorschrift die übliche Konzernpraxis förderte, wonach i.d.R. der Vorstand der Konzernspitze in den ARen der abh. Gesellschaften sitzt,[34] und er damit selbst der Regelung des § 95 dispositiven, nur grundsatzartigen Charakter zugestand. Ebenso war den Schöpfern des AktG bekannt, daß die Bestimmung des § 88 vornehmlich im Konzernbereich eine Rolle spielen könnte.

BALLERSTEDT[35] argumentiert vorsichtiger. Das geltende Aktienrecht sei von einer "bemerkenswerten Unentschiedenheit", die sich auch in den Erläuterungen zum Amtl. E des AktG 1937 fände. Trotzdem könne man nicht wie FISCHER sagen, der Gedanke der sich selbst verwaltenden AG sei ein tragendes Prinzip des AktG.[36] Er versucht, aus anderen Gesetzen Kriterien für die Zulässigkeit der Organgesellschaft (des Musterfalles des Ausnahmetypus "abh. Ges.") zu finden. Zu Recht folgert er, daß sich aus den marktrechtlichen Elementen der Wirtschaftsverfassung hierfür nichts ableiten lasse. "EWG, MV, GWB sind nicht an Gesichtspunkten spezifisch unternehmensrechtlicher Art orientiert". Ihnen ginge es um Markt- und

---

33) vgl. Schilling, JZ 57, 530

34) vgl. Mestmäcker, aaO, S. 113

35) DB 57, 840

36) Diese Ausführungen könnten auch i.S. Wiethölters dahin verstanden werden, Ballerstedt befürworte eine verfassungsmäßige Variationsbreite der AG. Jedoch zeigt der Fortgang seiner Gedankenführung, daß es ihm nur darum geht, überhaupt die Zulässigkeit der abhängigen Organgesellschaft zu begründen.

Wettbewerbsordnung.[37] Zweifelhaft erscheint indes, ob der von ihm (wie auch mehrfach von anderen[38]) als "Kronzeuge" herangezogene § 1 MitbestErgG vom 7.8.1956 wirklich beweiskräftig ist. Er sichert die Mitbestimmung der Arbeitnehmer, falls durch ein Organschaftsverhältnis die tatsächliche Leitungsmacht in Wirklichkeit von dritter Seite ausgeübt wird.[39] Der Organschaftsbegriff wird selbständig definiert. Ob aber daraus der Schluß gezogen werden kann, der Gesetzgeber des Jahres 1956 habe die Organschaft bestätigt (oder evtl. erst neu anerkannt), wie BALLERSTEDT meint, ist fraglich. Denn es ließe sich ohne weiteres behaupten, der Gesetzgeber habe nur und ausschließlich die Durchsetzung der Mitbestimmung im Auge gehabt und habe dabei - ohne sich zur Zulässigkeit der Organgesellschaft als gesetzlichem Typ abschließend zu äußern - lediglich den zur Zeit eben praktizierten Lebenstyp der Organgesellschaft erfassen wollen. Doch genügt, wie dargelegt, die Ableitung der Zulässigkeit aus dem AktG selbst.

bb) Mit der Lehre vom Grund- und Ausnahmetypus fällt die weitverbreitete Ansicht hin, die wirtschaftliche Selbständigkeit der AG sei ein im wesentlichen formales Erfordernis.[40] Schon unter der Geltung des HGB, ebenso aber auch heute, galt und gilt es festzustellen, daß es sich hierbei um ein materielles, aber änderungsfähiges Moment handelt. Die Lehre von der formalen Selbständigkeit verkennt die Grundsatz - Ausnahmeregelung und damit die praktisch wichtigste Folgerung, daß ein Wechsel vom Grund- auf einen Ausnahmetypus in aller Regel nicht nur eine Strukturänderung des Lebenstypus, sondern auch eine solche des gesetzlichen Typus bewirkt, mithin notwendig eine Satzungsänderung voraussetzt. Der Änderung der materiellen Verfassung muß eine Änderung der formellen Verfassung entsprechen. Das wird im Prinzip heute zu Recht anerkannt.[41] Damit gelten für die unselbstandige Gesellschaft die Sätze NETTERs:[42] "Die individuelle Betätigungsfrei-

---

37) Gleichen Aussagewert wie § 256 AktG kann man aber wohl § 23, 2 Z. 4 GWB zusprechen.

38) vgl. Hueck, DB 59, 223ff

39) vgl. im einzelnen hierzu oben § 1 B I 2 a bb

40) Friedlander, Konzernrecht, S. 42, Hamburger, aaO, S. 288, Geiler, Enquête I 3/1, S. 79, Kost, aaO, S. 12, Frankenberg, aaO, S. 93: erstaunlicherweise verkennt auch er die Grundtypus - Ausnahme-Regelung, obwohl er das Wesen der Abh. in der Beeinträchtigung der "lebensnotwendigen" Funktionen der abh. Ges. sieht. Prima facie aber steckt doch im "Lebens"-Begriff materiell selbstandiges Leben. Auffallend ist, daß alle diese Vertreter (außer Hamburger) trotzdem eine Satzungsänderung fordern bei Abhängigwerden, vgl. oben § 2 Anm. 33.

41) Erlinghagen, aaO, S. 155f, h.M.; s. oben § 2 Anm. 33

42) aaO, S. 65. Netter sprach von Gemeinschaftszweck auch beim Subordinationskonzern. Wir würden dafür heute "Drittinteresse" setzen.

heit besteht nicht, wie sonst allgemein, in dem Maße ohne Begrenzung, als sie nicht durch den geschlossenen Vertrag beschränkt ist.[43] Sie besteht vielmehr umgekehrt grundsätzlich nicht, sondern nur insoweit, als der Gemeinschaftszweck (des Konzerns) Sonderbetätigungen außerhalb der Gemeinschaft zuläßt".

Eine Satzungsänderung ist bereits bei der Verrentung, insbesondere aber beim Übergang vom selbständigen zum unselbständigen Typus der Konzern- oder Organ-AG erforderlich. Diese Regel gilt auch für einen Wechsel von einem auf einen anderen Ausnahmetypus, nämlich vom Gemeinschaftstypus zum abhängigen Typus bzw. umgekehrt. Stets ist in diesen Fällen die Satzungsänderung Folge einer Strukturänderung. Soweit dagegen der Rententypus als selbständiger Ausnahmetypus hervorgehoben wird, ist im Verhältnis zwischen ihm und dem abhängigen Typus wohl eine Strukturänderung gegeben, doch macht diese in keinem der beiden Umwandlungsfälle eine Satzungsänderung erforderlich. Das folgt aus den Erwägungen, die wenig vorher zu §§ 15, 256 AktG angestellt wurden bezüglich der Frage, ob der Rententypus überhaupt als selbständiger Typus anzusehen ist.[44]

Abgesehen von den genannten Strukturänderungen sind Satzungsänderungen häufig auch dann vorzunehmen, wenn ein Lebenstypenwechsel stattfindet unter Aufrechterhaltung der Struktur eines gesetzlichen Typus. Ein solcher Vorgang ist möglich, weil nicht alle Lebenstypen auch gesetzliche Typen darstellen. Regelmäßig wird es sich dabei um eine Gegenstandsänderung handeln, so wenn eine bisher ein eigenes Unternehmen betreibende selbständige AG in eine reine Holdinggesellschaft umgewandelt wird oder wenn eine bisher selbst produzierende abhängige AG reine Geschäftsführungs- und Verwaltungsgesellschaft eines Konzerns wird. Dagegen sind satzungsmäßig sich auswirkende Differenzierungen innerhalb des unselbständigen Typus nach dem jeweiligen Grad der Abhängigkeit unangebracht; die Untergrenze der Abhängigkeit ist das Kriterium der erforderlichen Satzungsänderung. Intensitätsänderungen innerhalb der stufenlosen Skala von der Überhaupt-Abhängigkeit zur Vollabhängigkeit bedeuten lediglich Akzentverschiebungen unprinzipieller Art innerhalb einer bestimmt strukturierten Gesellschaft. Die Satzung soll - und das gilt in besonderem Maße für Strukturfragen - nicht ein Spiegelbild von Nuancen, sondern der tragenden Prinzipien der Verfassung sein. Ebenso sind Änderungen auf der Aktionärsseite, d.h. der Wechsel zwischen Publikumsgesellschaft, Einmann-AG bzw. Familiengesellschaft, mögen sie (wie meist) im Rahmen einer Grundtypus-Gesellschaft erfolgen oder bei einer AG des Ausnahmetypus, nicht in

---

43) so aber die rein schuldrechtliche Auffassung der UVe.

44) vgl. auch unten § 11 II 3 d zur Gleichbehandlung der Satzungsänderung bei Konzernierung bzw. Verrentung einer Grundtypus-AG. Eine Satzungsänderung im Verhältnis konzernierter/verrenteter AG wird damit illusorisch.

der Verfassung auszuprägen, obwohl Zahl und Art der Aktionäre praktisch erhebliche Schlüsse zulassen. Dies gilt weitergehend sogar dann, wenn durch den Wechsel der Mehrheitsverhältnisse mit entsprechenden Einflußnahmen außerhalb einer rechtlichen Konzernorganisation i.e.S. eine Strukturänderung herbeigeführt wird, d.h. z.B. eine Gesellschaft abhängig wird. Gegen das Verlangen einer Satzungsänderung in diesem Fall spricht schon die Unklarheit, ab welcher Beteiligung eines Großaktionärs eine abh.Ges. anzunehmen wäre. Vor allem aber würde dadurch die anerkannte Gestalt des faktischen Konzerns, die auch der Amtl.E beibehalten will, aufgegeben und der Konzern zur (satzungsmäßigen) Verrechtlichung gezwungen. Nur wenn der faktische Konzern ohnehin in eine rechtliche Form gebracht werden soll, ist auch eine Satzungsänderung geboten. Diese Entbehrlichkeit satzungsmäßiger Anpassung bei faktischer Strukturänderung infolge Entstehens einer stimmenmäßigen Beherrschung beruht jedoch darauf, daß die die Aktionäre betreffenden Modalitäten bereits gar nicht in den grundsätzlichen Verfassungsaufbau der Gesellschaft einbezogen worden sind,[45] im Gegensatz gerade (nach der hier vertretenen Auffassung!) zur Typenfrage. Einer solchen Einbeziehung stand vor allem die unbeschränkte Möglichkeit der Fluktuation des Aktienbesitzes entgegen. Zum Satzungsinhalt können nur Merkmale gewählt werden, die mindestens eine gewisse Beständigkeit aufweisen. Hinsichtlich des jeweiligen Gesellschaftstyps konnte diese Voraussetzung bejaht werden.

Mit der vorgetragenen Lösung sind Lebenstypen und gesetzliche Typen der AG in den praktisch entscheidendsten Bereichen zur Deckung gebracht. Dem Lebenstypenwechsel entspricht im Grundsatz eine Verfassungsanderung. Damit ist ein seltsamer und verdächtiger scheinbarer Zwiespalt von Gesetz und Lebenswirklichkeit beseitigt, der insbesondere von FISCHER so hervorgehoben wurde und der in einer Rechtsordnung, die zwingendes Gesetzesrecht achtet, trotz aller entgegenstehenden Praxis untragbar gewesen wäre.

d) Im Amtl.E ist durch die ausführliche Regelung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages eine ausreichend klare Herausarbeitung von selbständigem Grundtypus und unselbständigem Ausnahmetypus erfolgt, ja die Gliederung läßt erkennen, daß der Gesetzgeber in genügender Annäherung an die Lebenswirklichkeit den selbständigen und unselbständigen Typus als d i e beiden Grundtypen gleichgeordnet nebeneinander stellen will. Denn er regelt im Ersten Buch die "AG", (im Zweiten die KGaA), im Dritten Buch die "verbundenen Unternehmen". Beibehalten ist auch der Gemeinschaftstypus. Dieser grundsätzlichen Systematik ist

---

45) vgl. z.B. § 16 AktG.

zuzustimmen.[46]

e) Die Anerkennung eines selbständigen Konzerntypus im AktG und Amtl. E bedeutet zugleich, daß die angeblich zwingenden Vorschriften der §§ 52, 54 AktG und die §§ 54, 55, 57 E in Wahrheit teilweise dispositiv sind. § 280, III E stellt das ausdrücklich klar ("gelten nicht"). Im geltenden Recht sind von den vier Grundsätzen, die BALLERSTEDT[47] den §§ 52, 54 entnimmt, einer als grundsätzlich abänderbar, zwei andere als in der konkreten Ausgestaltung modifizierbar anzusehen. Nicht angetastet werden durch die satzungsmäßige Umstrukturierung darf der Grundsatz der Substanzerhaltung.[48] Dem geltenden Recht ist, insbesondere auch in §§ 256 AktG, 1 Mitbest. Erg. G, nichts für die Zulässigkeit einer Durchbrechung zu entnehmen. Der E trifft sogar positive Vorsorge durch § 291, I und II, wobei bei § 291, I sogar eine volle Unternehmensrisiko-Deckung vorgesehen ist, die Substanz also nicht nur vor Entnahmen der Aktionäre, sondern auch vor allgemeinen Geschäftsverlusten geschützt werden soll. Damit ist ein absoluter Schutz der bilanzmäßigen Substanz der Gesellschaft bei Abschluß des Vertrages erreicht. § 280, III E wird von dorther wieder eingeschränkt in dem Sinne, daß er vom Grundsatz der Substanzerhaltung nur vorläufigen Dispens erteilt. Lediglich bei der Eingliederung nach §§ 308ff E beinhaltet die gleichlautende Regelung des § 311, II eine volle Freistellung von diesem Grundsatz, die durch die gesamtschuldnerische Mithaftung der Hauptgesellschaft nach § 310 E gedeckt ist. Die "Substanzgefährlichkeit" jeder Konzernierung wird damit de lege ferenda regelmäßig aufgefangen, de lege lata ist darauf zu achten, daß entstehende Einbußen von Gesetzes wegen auszugleichen sind. Das gilt aber nur, soweit es sich um die bilanzmäßig erfaßte Sub-

---

46) Ballerstedt, in Arndt, Konzentration, S. 900, scheint dagegen sowohl nach geltendem Recht wie nach der Regelung des E den Grundtypus der selbständigen AG als zwingend normiert anzusehen. Der Beherrschungsvertrag durchbreche das Prinzip der Unabhängigkeit des Vorstands und habe damit eine Wirkung, die selbst eine Satzungsbestimmung nicht entfalten könne (widersprüchlich aber DB 57, 840, vgl. oben a) dd) und Anm. 36). Demgegenüber muß die Gleichwertigkeit von "Grund"- und "Ausnahmetypus" nach dem E betont werden. Zum Verhältnis Beherrschungsvertrag - Satzungsbestimmung, das Ballerstedt verkennt, vgl. unten § 9 A II. 47) DB 56, 837ff, 57, 837ff

48) Er besagt, daß nicht nur das Grundkapital, sondern das gesamte Vermögen der AG nicht ausgeschüttet werden darf außer durch eine nach Gesetz und Satzung zulässige Gewinnverteilung, vgl. Fischer in Großk. AktG, § 52 Anm. 3 a, Baumbach-Hueck, § 52 Anm. 2 A. Zu Recht meint dabei Rasch, aaO, S. 181, daß die Rechtsordnung mit der Anerkennung des Grundsatzes der beschränkten Haftung sogar voraussetze, daß nicht jeweils der ganze Gewinn restlos ausgeschüttet werde, sondern auch Reserven gebildet würden.

stanz handelt. Der nicht genau ponderable Bereich der Chancen, Beziehungen, des Geschäftswerts, ebenfalls ein Vermögens- und Substanzbereich im weiteren Sinne, erfährt Verschiebungen und möglicherweise solche Beeinträchtigungen, daß ein wiederverselbständigtes konzernentlassenes Unternehmen zunächst fast geschäftswertlos dasteht, diese "Substanz" nahezu völlig vernichtet ist. Man braucht nur daran zu denken, ein solches Unternehmen hätte bei Konzerneingliederung alle seine konzernfremden Beziehungen sowie eigene Marken aufgegeben und nach dem Ausscheiden wären ihm alle Konzernbeziehungen und Konzernmarken verschlossen: es stände vor einem wirtschaftlichen Neubeginn. Dieser theoretisch extreme Fall wird natürlich in der Praxis nicht vorkommen; die Gefahr und zuweilen der teilweise Eintritt solcher "Substanzverluste" sind jedoch Tatsache. Sie bedingen mit die Annahme einer Strukturänderung bei Konzernierung.

Für grundsätzlich abänderbar ist der Grundsatz des jährlichen Bilanzgewinnausweises i.S. des echten erwirtschafteten Ertrages zu halten. Das muß schon aus der gesetzlichen Zulässigkeit von IGVen, besonders aber von Gewinnabführungsverträgen gefolgert werden. In der Ausgestaltung modifizierbar ist der Gleichbehandlungsgrundsatz insofern, als eine angemessene Dividendengarantie bzw. Abfindung für außenstehende Aktionäre vom Gesetz noch als "gleich" bewertet wird. Der Grundsatz der Sicherung der Funktionsverteilung zwischen HV und Vorstand, §§ 126 AktG, 162 E, erscheint dadurch grundsätzlich gewahrt, daß die HV dem UV und der Satzungsänderung zustimmen muß.[49]

II) Die Verfassung[50] der Grundtypus-AG als unbedingte Schranke des schuldrechtlichen Vertrages.

Die formelle Grundtypusverfassung steht dem schuldrechtlichen Vertrag dann als unübersteigbare Schranke entgegen, wenn er eine Strukturänderung und damit eine materielle Verfassungsänderung bewirkt oder eine solche bei schon bestehender faktischer Konzernherrschaft verrechtlicht. Denn jede materielle Verfassungsänderung bedarf bei rechtlicher Festlegung der Konzernorganisation auch einer formellen.

---

49) vgl. hierzu die Umgehung des Problems durch eine klare petitio principii bei Erlinghagen, aaO, S. 124, zu der seine bilanzmäßige Methode führt. Ob die Reingewinnabführungsverpflichtung schlicht passiviert werden kann (durch den Vorstand!), ist ja gerade von der Verfassung her fraglich. Erstaunlich in seinem Verzicht auf juristische Argumentation der Satz, letztlich bestimme i. Zw. die Praxis selbst, was als Grundsatz ordnungsgemäßer Buchführung anzusehen sei, und die allgemein übliche (!) Passivierung der abzuführenden Gewinne sei ordnungsgemäß (S. 131).

50) vgl. Ballerstedts Definition in DB 57, 837; ähnlich Erlinghagen, aaO, S. 109

Der Schuldvertrag ist aber kein satzungsrechtlicher OV[51] und kann daher die formelle Satzung der Grundtypus-AG nicht auf einen Ausnahmetypus umstellen.

Daß UVe zumindest ihren praktischen Auswirkungen nach eine Konzerneingliederung und damit eine Strukturänderung bewirken können, ist eine Beobachtung, die wir bereits an früherer Stelle[52] festgehalten haben. WÜRDINGER[53] hat dem entgegengehalten, schuldrechtliche Verträge seien zur Konzerneingliederung prinzipiell nicht geeignet. IGVe, Pacht-, BÜ- und GFVe würden von j.P. zu j.P. geschlossen und berechtigten und verpflichteten nur diese, berührten aber die interne Organisation der beteiligten Gesellschaften und ihrer Organe nicht. Als Kausalgeschäfte des Schuldrechts ergäbe sich aus ihrer causa eine Begrenzung der Rechte und Pflichten der Vertragspartner. Wohl könne ein Schuldvertrag einseitige Vorteile gewähren, aber er ziehe doch klare Grenzen des Eingriffs. Maßnahmen, die im Konzerninteresse die abh. Ges. schädigten, lösten sofort Ausgleichsansprüche und Reaktionen der verschiedensten Art aus, wie Aufwendungsersatz nach § 670 BGB bei Geschäftsbesorgung oder Anfechtung nach §§ 256, 197, 11 AktG. Bei "Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Grundsätze" (!) seien deshalb diese schuldrechtlichen Verträge nicht geeignet, der Durchsetzung beliebiger Konzerninteressen zum Nachteil eines anderen Vertragspartners zu dienen. Das legale Interesse, unmittelbar Anweisungen an den Vorstand zu konzerngünstigen, aber individuell nachteiligen Maßnahmen zu erteilen, sei mittels des obligatorischen Vertrages nicht zu erreichen.

Diese Ausführungen stellen die theoretischen Regelgrenzen des Schuldvertrags sicher richtig dar. Aber die Praxis überspringt diese immanenten Grenzen. Die genannten Reaktionen entfallen, weil sich die Vertragspartner bei einer Konzerneingliederung einig sind, daß diese "bürgerlich-rechtlichen Grundsätze" gerade nicht angewandt werden sollen. WÜRDINGER verkennt diese Praxis nicht. Die Vertragsfreiheit gestatte es, "die der gesetzlichen Regelung innewohnende Ausgeglichenheit der Verteilung von Chance und Risiko zu beseitigen und das Risiko einem Vertragsteil allein aufzubürden."[54] Bei Verträgen zwischen abh. und h. Ges. geschehe das häufig. Das führt zu der Frage, inwieweit die gesetzliche Regelung der Risikoverteilung beim schuldrechtlichen Vertrag dispositiven Charakter trägt. Dabei geht

---

51) Auf diese Verfassungsschranke des schuldrechtlichen Vertrages ist nach richtiger Ansicht auch die in st. Rspr. betonte Unzulässigkeit der Vollstreckung von Stimmrechtsvereinbarungen zurückzuführen. Die Vereinbarung selbst bewegt sich außerhalb des Verfassungsbereichs und ist daher wirksam, die Vollstrekkung griffe, falls Abstimmungsergebnisse gem. § 894 ZPO fingiert würden, in ihn ein.

52) vgl. § 5 III

53) Schmidt-Festschrift, S. 286ff, Aktienrecht, S. 199f, 206f

54) Schmidt-Festschrift, S. 284

es im wesentlichen um die Probleme, wann § 138 BGB eingreift, ob beim GFV § 670 BGB zwingender Natur ist und ob bei den BÜVen (i.w.S.) und BFVen eine unabdingbare Substanzerhaltungspflicht besteht.

1) Zu Recht neigt WÜRDINGER dazu, die Anwendbarkeit von § 138 aufgrund der Erkenntnis des Wesens der j.P. als ethisch wertfrei abzulehnen. Auch ein große Eingriffsfreiheit gewährender schuldrechtlicher UV kann eine j.P. nicht sittenwidrig "knebeln".

2) Problematischer ist der Gedanke der zwingenden Opfergrenze des § 670.[55] Dabei ist genauer zu unterscheiden zwischen der Frage der Abdingbarkeit des § 670 und derjenigen der Haftung des Auftraggebers für Zufallsschäden, die von Rechtsprechung und Lehre, teils gestützt auf eine erweiterte Auslegung des Aufwendungsbegriffs, teils unmittelbar auf § 242, entwickelt wurde.[56] § 670 wird i.a. für dispositiv gehalten,[57] obwohl betont wird, daß beim Auftrag die Besorgung der Geschäfte regelmäßig nicht als vermögensmindernde Verpflichtung übernommen werde, der Auftrag daher keine Schenkung enthalte.[58] Bei Zufallsschäden, also der Risikofrage, ist im Bereich des Zivilrechts anerkannt, daß jedenfalls bei entgeltlicher Geschäftsbesorgung eine Ersatzpflicht des Auftraggebers nicht besteht.[59] Im Recht der Kommission herrscht dagegen im Anschluß an die Rspr. des RG[60] die Auffassung vor, daß zufällige Schäden des Kommissionärs vom Kommittenten zwar nicht grundsätzlich zu ersetzen sind, wohl aber dann, "wenn die Gefahr des Schadenseintritts für beide Teile erkennbar mit der Ausführung der Kommission verbunden war" oder wenn der Schaden infolge eines Risikos eintraf, das "der Kommissionär bewußt im Interesse des Kommittenten auf sich genommen hatte".[61] Bei unentgeltlicher Geschäftsbesorgung kommt eine Ersatzpflicht im Zivilrecht nach STAUDINGER-NIPPERDEY[62] nur im Einzelfall nach Billigkeit unter dem Gesichtspunkt von § 242 in Betracht. LARENZ[63] hält bei Zufallsschäden generell einen Haftungsausschluß für möglich. Soweit eine Haftung auf § 242 gestützt wird, wird man sie allerdings als unabdingbar ansehen müssen. Auf den GFV angewendet, ergibt sich, daß aus der Analogie zum Kommissionsrecht i.d.R. eine

---

55) Würdinger, aaO, läßt diese Frage dahingestellt

56) vgl. insbes. Staudinger-Nipperdey, Recht der Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 1958, § 670 Anm. 10ff

57) Staud.-Nipp. aaO, Anm. 15, auch Rautmann, aaO, S. 183

58) Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearb. 1958, I 160 I 2

59) Staud.-Nipp. aaO, Anm. 11

60) z.B. RGZ 167, 89; vgl. auch RGZ JW 37, 152

61) zust. Schlegelberger-Hefermehl, HGB, 3. Aufl. 1957, § 396 Anm. 34; Baumbach-Duden, HGB, 15. Aufl. 1962, § 396 Anm. 2 A

62) aaO, Anm. 11 63) Schuldrecht II, 4. Aufl. 1960, S. 215

Ausgleichspflicht für solche Schäden herzuleiten ist, die aus dem nunmehr von der h.P. bestimmten Unternehmensrisiko erwachsen sind. Bei einem Entgelt, das nur die Geschäftsunkosten deckt, gilt dieser Grundsatz verstärkt.

3) Beim PachtV ist anerkannt, daß den Pächter eine Substanzerhaltungspflicht trifft.[64] WÜRDINGER[65] will eine solche der h.Ges. entsprechend beim BÜV und BFV auferlegen. Zu Recht hat jedoch MESTMÄCKER[66] betont, daß der BÜV gerade deshalb in der Praxis bevorzugt verwendet werde, weil er als Typ sui generis keine Substanzerhaltungspflicht kenne. Auch der BFV ermangelt einer solchen Pflicht; es erscheint eher zulässig, daß sich der Betriebsführer von der Haftung für fahrlässige Schädigungshandlungen freizeichnet als daß er auch noch zufällig entstandene Schäden trägt.

4) Die Berücksichtigung, daß es sich bei der zugeordneten Gesellschaft um eine j.P. handelt, führt nicht zu einer Erweiterung bzw. Einführung von Schutzschranken. Aus dem Grundsatz der Erhaltung des Grundkapitals kann nicht gefolgert werden, daß die h.Ges. Schäden aus dem Unternehmerrisiko zu ersetzen habe, auch wenn sich durch ihren Einfluß das Risiko erhöht hat. Eher müßte, etwa beim GFV, der Schluß gezogen werden, eine j.P. sei weniger schutzbedürftig als eine natürliche (etwa ein Kommissionär), und daher die Ausgleichspflicht eingeschränkt werden.

5) Lassen sich somit bereits theoretische Schutzschranken im Wesen des schuldrechtlichen Vertrages nicht eindeutig ziehen, so entbehren sie überdies, auch soweit sie bestehen, der praktischen Durchschlagskraft. Denn die Bewertung einer im Konzerninteresse gemachten "Aufwendung", eines aus der Übernahme von Konzernrisiken entstandenen "Schadens", die Feststellung eines Falles, der die Substanzerhaltungspflicht auslöst, ist höchst unsicher und läge vor allem letztlich in den Händen des Großaktionärs. Damit ist nachgewiesen, daß der schuldrechtliche Vertrag, auch der echte gegenseitige, zumindest bei den Gestaltungen des Konzernrechts und im Verhältnis zwischen j.Pen, keinen eindeutigen Schutz in dem Sinne gewährt, daß die eingegliederte Gesellschaft zwangsläufig im Grundtypus erhalten bleibt. Damit fällt die Argumentation der Wirtschaftsverbände[67] hin, nach welcher der gegenseitige UV begriffsnotwendig eine Strukturänderung

---

64) auf Grund von §§ 581, 556, 586, 588, 589 BGB; vgl. Mestmäcker, aaO, S. 330. 65) Aktienrecht, S. 202f 66) aaO, S. 319

67) vgl. die Gemeinsame Denkschrift zum RefE eines AktG, hrsg. vom Bundesverband der Deutschen Industrie u. and. Verbänden, 1959, S. 76; ihnen zust. bezüglich BÜ- und BFVen Schmidt, AG 60, 30. Anklänge auch bei Kronstein, aaO, S. 54. Sogar der Amtl.E ist von diesen Vorstellungen nicht ganz frei (vgl. Vorbem. zum Dritten Buch, S. 214), obwohl er auch beim schuldrechtlichen Vertrag erhebliche Sicherungen vorsieht.

der abh. Ges. vermeide, da jederzeit volle Ausgleichsansprüche entständen.

Letztlich kann jedoch sogar dahingestellt bleiben, ob immanente Schutzschranken der bürgerlich-rechtlichen Verträge der Annahme einer Strukturänderung entgegensehen. Denn - und das entging bisher der Beachtung - jeder schuldrechtliche UV beinhaltet bereits per se, auch bei Unterstellung vollen Schutzes gegen Risikoübernahmen, einen Wechsel des strukturellen Typs. Jeder UV bewirkt begriffsnotwendig eine Änderung der materiellen Verfassung der abh. Ges. Am deutlichsten tritt dies beim OrganschaftsV hervor. Aber auch bei jedem - auch konzernexternen - PachtV, BÜV und GFV wird infolge der Verrentung die Gewinnverfassung modifiziert. Konzernierung mittels der letzteren Verträge oder des BFVs bedeutet lediglich noch eine gewisse Vertiefung des strukturellen Einbruchs in den Grundtypus, in dem sie auch die Verwaltungsverfassung voll umstellt. Aus dieser notwendig strukturändernden Wirkung aller schuldrechtlichen UVe ist an und für sich ihre prinzipielle Unzulässigkeit zur Konzerneingliederung und Verrentung j. Pen zu folgern. Stets scheitert ihre Anwendung an der formellen Grundtypus-Verfassung. Im folgenden soll untersucht werden, ob eine Möglichkeit besteht, sie gleichwohl beizubehalten.

§ 7 Der Schuldvertrag als Mittel zur rechtlichen Konzernorganisation neben Satzung und Organisationsvertrag.

I) Organisationsverträge als alleinige Mittel vertraglicher Konzernorganisation?

Die Erkenntnis, daß der Abschluß schuldrechtlicher UVe zu einem Widerspruch zwischen formeller und materieller Verfassung der Grundtypus-Gesellschaft führt und daher unzulässig ist, legt den Gedanken nahe, alle bisher als schuldrechtlich angesehenen UVe in OVe umzudeuten. Damit würde die scheinbar unausweichliche Folge der Nichtigkeit der seit Jahrzehnten praktizierten Verträge vermieden. Als systematisches Indiz für die Konversion ließe sich auch die oben § 5 II 2 c dargestellte Gleichwertigkeit des wirtschaftlichen Ergebnisses bei organisationsvertraglicher bzw. "schuldvertraglicher" Eingliederung heranziehen. Da alle herkömmlichen schuldrechtlichen UVe, seien sie in Form von OrganschaftsVen, IGVen, GFVen, Pacht- oder BÜVen gekleidet, infolge der Langfristigkeit[1] und des Umfangs ihrer Einwirkung wie die OVe eine materielle Verfassungsänderung herbeiführen, wären sie auch als formell satzungsergänzende OVe aufzufassen. Allerdings pflegen die Verträge in der Praxis keine formellen Bezugnahmen auf die im Handelsregister eingetragene Satzung der AG zu enthalten. Das wäre indes künftighin zu fordern. Die weit vorherrschende Literaturmeinung, die neben dem (schuldrechtlich verstandenen) UV eine Satzungsänderung verlangt, müßte insoweit als prinzipiell richtig anerkannt werden, als sie die Notwendigkeit einer formellen Verfassungsänderung betont. Sie bedürfte jedoch der Berichtigung dahin, daß eine solche Satzungsänderung bereits in dem Vertrag selbst läge und nur noch eine Eintragung stattzufinden hätte. Der Pflicht zur Eintragung unterfiele der ganze Vertrag.

II) Die Beibehaltung des Schuldvertrags bei der rechtlichen Konzernorganisation.

1) WÜRDINGER[2] will de lege ferenda in der Tat nur den OV zur Konzernorganisation zulassen. Das erscheint nicht gerechtfertigt. De lege lata nicht, weil der schuldrechtliche Vertrag trotz aller Betonung seiner "Schutzschranken" sich täglich als brauchbares Mittel zur Konzerneingliederung erweist und der Versuch der Umdeutung in einen OV offensichtlich gekünstelt ist. Ebenso muß de lege ferenda versucht werden, eine Vertragsart, die sich seit sieben Jahrzehnten für die Unternehmenszusammenfassung eingebürgert und bewährt hat, hierfür zu erhalten. Es ist nicht einzusehen, warum aus der bloßen Beteiligung von j.Pen heraus dem Schuldvertrag seine herkömmlichen Funktionen entzogen werden sollten. Die Schranke

---

1) Die strukturändernde Regelung der Konzerneingliederungsverträge ist auch gedacht, "künftighin allgemein (vgl. hierzu unten § 8 II 1 zum Umfang der Publizitätsfunktion der Satzung) zu gelten", wie es Schlegelberger-Quassowski, § 145 Anm. 3, für die Satzung feststellen.

2) s. § 6 Anm. 52

in der Verfassung der j.P. muß auf andere Weise überwunden werden können und kann es auch: der schuldrechtliche UV kann beibehalten werden, wenn man seine Besonderheit im Verhältnis zu den sonstigen schuldrechtlichen Verträgen, welche die Gesellschaft täglich abschließt, beachtet. Das Charakteristikum der letzteren, "normalen" Geschäfte der Gesellschaft ist etwas, was man als "typenindifferent" bezeichnen könnte. Sie dienen (mittel- oder unmittelbar) ausschließlich der Verfolgung der Erwerbszwecke der Gesellschaft. Die abh.Ges. schließt sie genauso ab. Der schuldrechtliche UV dagegen ist "typenabhängig", "typenempfindlich". Er kann wirksam nur geschlossen werden von einer Gesellschaft, die ihre Verfassung bereits auf einen Ausnahmetypus, regelmäßig den Konzerntypus umgestellt hat, die sich für die Konzernabhängigkeit verfassungsmäßig "aufgeschlossen" hat. Zu dieser "Aufschließung" muß eine satzungsmäßige Grundsatzentscheidung genügen. Der herrschenden Satzungslehre ist insoweit voll zuzustimmen. Es ist nicht erforderlich, alle in die materielle Verfassung eingreifenden Einzelregelungen organisatorisch durchzuführen. Auf diese Weise würde der schuldrechtliche Vertrag wieder überflüssig bzw. auf eine reine Parallelregelung beschränkt. Nach Durchführung der verfassungsmäßigen Aufschließung hindert den Schuldvertrag nichts, seine Güterumsatzfunktion, beim Gesellschaftsvertrag zugleich seine Organisationsfunktion, auch bei der Unternehmenszusammenfassung zu erfüllen. Denn sonstige, absolute Schranken gibt es für ihn, wie wir gesehen haben, mindestens in der Praxis nicht. Der grundsätzliche Vorrang des Verfassungsbereichs aber ist mit der satzungsmäßigen Aufschließung gewahrt.

2) Die verfassungsmäßige Aufschließung kann auf zwei Arten durchgeführt werden. Erstens im Wege einer herkömmlichen Satzungsänderung, zweitens vermittels eines satzungsrechtlichen Grundvertrages, der neben den schuldrechtlichen Ausführungsvertrag tritt.[3] Die Praxis hat sich seit langem für die erstere Lösung entschieden. Sie ist zu billigen. Die Form des organisatorischen Grundvertrages ist hier entbehrlich. Zudem liegt die Stärke des OVes gerade in seiner "Organisationsfreudigkeit", d.h. er ist ein Mittel zu weitestgehenden organisatorischen Regelungen. Hier jedoch hätte er lediglich einen Organisationsgrundsatz zu statuieren.

III) Die besondere Rechtsnatur der vergemeinschaftenden Unternehmensverträge.

1) Der normale schuldrechtliche Vertrag dient dem Güterumsatz (wobei "Güter" im weitesten Sinn zu verstehen ist). Der Gesellschaftsvertrag nach §§ 705ff BGB er-

---

3) vgl. die Trennung von Satzungsregelung (als Grundlage und Richtlinie) und schuldrechtlicher Ausführungsregelung bei den Kartellpflichten im Doppelgesellschaftssyndikat, geschildert bei Nägeli, aaO II, S. 300f. Dabei handelt es sich jedoch nicht um Umstrukturierung, sondern Schuldrecht und Satzungsrecht laufen parallel.

füllt die besondere Funktion, wirtschaftliche Organisationsformen zu schaffen. Zu diesem Zweck hat er erhebliche Modifizierungen gegenüber dem Grundtypus des Schuldvertrags erfahren.[4]

Nach herrschender Definition verbindet der Gesellschaftsvertrag auf vertraglichem Wege zwei oder mehrere Personen zur Verfolgung eines gemeinschaftlichen Zweckes unter gemeinsamem Einsatz von Kräften und/oder Mitteln und bei anteiliger Erfolgstragung.[5] Die Interessen werden auf ein bestimmtes Ziel hin koordiniert, nicht aber findet ein Leistungsaustausch statt. Weder die einzelnen Beitragsleistungen der Gesellschafter zueinander noch der einzelne Beitragsanspruch gegenüber dem anteiligen Anspruch auf den von der Gesellschaft erwirtschafteten Erfolg stehen in einem synallagmatischen Verhältnis. Die §§ 320ff sind unanwendbar.[6]

Die entstehende Personengemeinschaft bedarf - im Innen- und Außenverhältnis - notwendig einer gewissen Organisation. Dem trägt das Gesetz Rechnung. Wird die Gesamtheit der Organisationsregeln über Geschäftsführung, Vertretungsmacht, Kontrollbefugnisse, Beschlußmehrheiten, etc. ausgeschieden, liegt keine Gesellschaft mehr vor, obwohl die organisatorischen Regelungen im einzelnen weitgehend abdingbar sind.[7] Der Gesellschaftsvertrag beinhaltet also notwendig ein organisationsrechtliches Element.[8] Von der Betonung dieser notwendigen Organisation her kann man die Ansicht vertreten, Gesellschaft und Körperschaft unterschieden sich (von der Rechtsfähigkeit abgesehen), nur graduell, nicht prinzipiell.[9]

Das organisationsrechtliche Element ist unlösbar mit einem personenrechtlichen verknüpft. Der personenrechtliche, gemeinschaftsbegründende Charakter des Gesellschaftsvertrags[10] unterscheidet ihn vom normalen Schuldvertragstypus. Und doch folgt aus der Gemeinschaftsbezogenheit kein körperschaftlicher Charakter der Gesellschaft, weil diese individualistisch und nicht kollektivistisch organisiert

---

4) vgl. zum Grundsätzlichen Esser, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960, S. 9f; Palandt, BGB, 18. Aufl. 1959, Einl. vor § 241 Anm. 1 b

5) vgl. Art. 530 Schweiz. Obligationenrecht, Esser, aaO, S. 716

6) Esser, aaO, S. 717, Larenz, Schuldrecht, Bes. Teil, 4. Aufl. 1960, S. 239, Hueck, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 1960, S. 26

7) Larenz, aaO, S. 240

8) Raiser, Festschrift zum 100j. Bestehen des DJT, S. 110 Anm. 25; Enneccerus-Lehmann, 13. Bearb. 1950, § 175 I 1, spricht von der Vereinigung zu einer gemeinschaftlichen Wirtschaftsorganisation. Auch Esser, aaO, S. 710 und Larenz, aaO, S. 240 betonen die Notwendigkeit der Personenorganisation.

9) so Larenz, aaO, S. 241

10) Larenz, aaO, S. 243, Esser, aaO, S. 67, Hueck, aaO, S. 25

ist.[11] Die individuelle Ausrichtung aber ist ein Wesensmerkmal des Schuldvertrags. Das nötigt, den Gesellschaftsvertrag als Schuldvertrag aufzufassen unter Betonung der aus der Personengemeinschaft erwachsenden Besonderheiten, die im Einzelfall Abweichungen von den grundsätzlich anzuwendenden Normen des Schuldrechts bedingen.[12] Ähnlich folgert LARENZ[13] aus seiner Auffassung vom nur graduellen Unterschied von Gesellschaft und Verein, daß die Gesellschaft durch das zusätzliche schuldrechtliche Element gekennzeichnet sei. Man darf jedoch nicht übersehen, daß dieses schuldrechtliche Element nach dem System des BGB eindeutig vorherrschend ist und das BGB in den gemeinschaftsbegründenden Verträgen keinen Gegensatz zum Schuldvertrag erblickt. Diese Auffassung des Gesetzes ist auf jeden Fall zu beachten, wie HUECK[14] mit Recht betont.

2) Auf unsere Untersuchung übertragen ergibt sich, daß der schuldrechtliche IGV notwendig bereits organisatorische Elemente enthält und insoweit den OVen angenähert ist. Die organisatorischen Bestandteile werden sogar, wie dies eingangs der Arbeit beschrieben wurde, meist zu einer vollständigen und lückenlosen Konzernorganisation ausgebaut. Diese organisatorischen Regelungen dürfen jedoch nicht mit den organisationsvertraglichen gleichgesetzt werden. Letztere tragen satzungsrechtlichen, erstere ungeachtet der Besonderheiten schuldrechtlichen Charakter. Daher hängt auch die Zulässigkeit von IGVen zwischen j.Pen von einer satzungsmäßigen Aufschließung ab. Denn auch die gemeinsame Geschäftsführung bewirkt eine Strukturänderung der Grundtypus-Gesellschaft. Die Partner handeln zwar bei der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft nicht altruistisch oder im Interesse Dritter, sondern egoistisch, aber eben kollektiv-egoistisch.[15] Die bisherige unternehmerische Selbständigkeit wird eingeschränkt zum Mitverwaltungsrecht innerhalb einer Gemeinschaft. Bei verschiedener Größenordnung der vergemeinschafteten Unternehmen kennen IGen sogar häufig eine gewisse Über- und Unterordnung (vgl. früher AEG - UEG: 15/19 zu 4/19[16]). Soweit in solchen Fällen die Schlüsselverhältnisse auch für die zahlenmäßige Besetzung der Gemeinschaftsorgane bestimmend sind, muß sogar angenommen werden, daß es sich um eine verschleierte Abhängigkeit handelt, sofern nicht Einstimmigkeit bzw. entsprechend qualifizierte Mehrheit vorgeschrieben ist, Vetorechte eingeräumt sind oder sonst das angemessene Mitspracherecht der schwächer gewerteten Gesellschaft gesichert ist. Aber auch bei voll paritätischer Mitwirkung bedeutet der grundsätzliche Übergang von der Entscheidung zur ausgehandelten Kompromißlösung eine Änderung der Verwaltungsverfassung. Ebenso wird die Gewinnverfassung modifiziert, indem die Chance abweichender

---

11) Esser, aaO, S. 67

12) so zu Recht Hueck, aaO, S. 26 (unter Heranziehung der Parallele zum Arbeitsvertrag). 13) aaO, S. 241 Anm. 1 14) aaO, S. 25f

15) Esser, aaO, S. 67 16) vgl. bei Rosendorff, aaO, Anh. Nr. 5

Ertragsentwicklung aufgegeben wird und die zwischen den beteiligten Gesellschaften bestehende status quo-Relation von Vermögen und Ertragserwartung perpetuiert wird. Diese Verfestigung stellt eine gewisse Parallele zur Verrentung dar. Die Gesellschaften erlangen im Verhältnis zueinander einen Status der "Schlüsselintegrität", überdessen Einhaltung sorgfältig gewacht wird, an dem die Weisungsbefugnis der Gemeinschaftsorgane ihre Grenze findet und der erforderlichenfalls bei Vertragsbeendigung mittels Ausgleichsleistungen verwirklicht wird.

Ohne aufschließende Satzungsänderung zeigte sich sofort die Grenze des schuldrechtlichen Vertrages: die Entscheidungen des Gemeinschaftsrats bänden die Organe der juristischen Einzelpersonen weder unmittelbar noch mittelbar durch Eintreten vertraglicher Sanktionen bei Abweichung; sie stellten nur rechtlich unverbindliche Empfehlungen dar.[17] Die Abstimmung der vertraglich übernommenen Bindung an Entscheidungen der Gemeinschaftsausschüsse mit der selbständigen Stellung der Organe erforderte in diesem Fall wirklich, wie FRIEDLÄNDER[18] meint, "eine besondere juristische Delikatesse". Diese bestünde, wie nicht anders möglich, in Umwegen: durch Poolverträge (Abstimmungsvereinbarungen), Aktienaustausch, Vorzugsaktien, etc. wäre die Entscheidung der HV im Sinne der Pläne der Gemeinschaftsorgane zu beeinflussen.[19] Der mit einer Satzungsänderung verbundene IGV indes entfaltet volle Wirksamkeit. Zwar wird keine unmittelbare, wohl aber eine (zulässige) mittelbare Organbindung erreicht, indem, etwa bei Zuwiderhandeln gegen Weisungen des vertragsmäßig eingesetzten Gemeinschaftsrates, die vertraglichen Sanktionen voll eingreifen. Damit ist die Möglichkeit zu einer rechtlich wirksamen und ausreichenden Konzernorganisation auch im Bereich der Koordination eröffnet. Die h.L. hatte hier versagt, weil sie für den Abschluß von IGVen regelmäßig keine Satzungsänderung forderte,[20] dann aber auch (folgerichtig!) den Weisungen einer Gemeinschaftsinstanz nur die Wirkung unverbindlicher Empfehlungen beilegte.

---

17) so auch die h.M., vgl. Rasch, Konzernrecht, S. 94
18) IG, S. 24f 19) Friedländer, aaO 20) vgl. oben § 2 Anm. 33

§ 8 Die Verbindung von satzungsmäßiger Aufschließung der j.P. mit dem schuldrechtlichen Vertrag.

I) Die herkömmliche abstrakte Aufschließung der j.P.

Unter abstrakter Aufschließung verstehen wir die gebräuchliche Klausel in der Satzung, wonach die Gesellschaft zum Abschluß von IG-, Organschafts-, Pacht-, BÜ- und ähnlichen Verträgen ermächtigt wird.[1] Neu entstehende Gesellschaften pflegen die Formel, meist unter dem Titel "Gegenstand des Unternehmens", von vornherein aufzunehmen; ältere fügen sie ("vorbeugend") anläßlich eines konkreten Vertragsschlusses ein. Die unangefochtene h.M. glaubt, mit dieser "Generalklausel der Abhängigkeitsbereitschaft" aller satzungsrechtlichen Schwierigkeiten enthoben zu sein und schuldrechtliche UVe unter Beachtung des § 256 ohne weiteres abschließen zu können. Trotz tiefangesetzter Erörterungen über Wesen und Funktion der Satzung begnügt sich auch ERLINGHAGEN[2] mit dieser Lösung, da sich formelle und materielle Verfassung "wenigstens in etwa" entsprächen.

Dieser Praxis muß widersprochen werden. Sie wird der Satzungsfunktion, auch nicht "in etwa", nicht gerecht. Infolge der bloß abstrakten Abhängigkeitsbereitschaft bleibt in Wahrheit offen, ob es sich (noch) um eine Grundtypus-AG oder (schon) um eine Ausnahmetypus-AG handelt. Mit der Klausel wird - auf dem Umweg über eine Spielraum gewährende Satzungsänderung - nichts andres erreicht, als die Wiederherstellung der oben § 6 I 3 a abgelehnten verfassungsmäßigen Variationsbreite der AG. Aus der Satzung sollte aber klar hervorgehen, ob von der Aufschließung Gebrauch gemacht worden ist oder nicht, ob man eine abhängige oder unabhängige Gesellschaft vor sich hat.

II) Konkrete Aufschließung als Folge einer Besinnung auf Wesen und Funktion der Satzung.

1) Die Satzungsfunktion.

a) Die Satzung ist das Grundgesetz der AG. Auf ihr baut sich die gesamte Stellung und Tätigkeit der Gesellschaft im Wirtschaftsleben auf. Insbesondere bestimmt sie den Tätigkeitsbereich der Gesellschaft und grenzt ihn ab. Der Satzung ist damit in höchstem Maße eine Orientierungs- (Publizitäts-) Funktion zu eigen und - durch sie vermittelt - auch eine hervorragende Schutzfunktion. Aktionären erwächst dabei ein besonderer Schutz gegenüber der geschäftsführenden Verwaltung durch die

---

1) vgl. Rasch, Konzernrecht, S. 66, RG DR 1939, 720 sowie die Satzungsmuster bei Schmidt, Umgestaltung der Satzungen der AGen nach dem neuen AktG, 1938

2) aaO, S. 155f

erschwerte Abänderbarkeit der Satzung, deren Umgestaltung ihrer eigenen Mitwirkung bedarf. Die Schutzfunktion äußert sich weiter im Vertrauensschutz (im Geschäftsverkehr und beim Aktienkauf), im Rechtsausübungsschutz (Kontrollfunktion bei der Geltendmachung von Verwaltungs- und Vermögensrechten der Aktionäre sowie von Sonderrechten) sowie in einem generellen, auf allgemeiner öffentlicher Kontrolle beruhenden Schutz der Volkswirtschaft. Schutz- und Publizitätsfunktion und damit die Satzung selbst haben demnach Bedeutung nicht nur für die Aktionäre oder diejenigen Dritten, für die Satzungsbestimmungen unmittelbar gelten,[3] sondern auch für den Geschäftsverkehr der Gesellschaft (Schuldner und insbesondere aktuelle und potentielle Gläubiger) sowie für den Kapitalmarkt (potentielle Aktionäre).[4] Die Satzung wird deshalb als eine an einen unbestimmten Personenkreis gerichtete Erklärung angesehen.[5] Sie wendet sich jedoch darüberhinaus an die Öffentlichkeit schlechthin. Die h.L. erkennt diese allgemeine Publizität voll an, wie sich aus ihrer Lösung der Anfechtungs- und Auslegungsfrage ergibt.[6] Bestätigt wird sie auch durch das unbeschränkte Recht zur Einsicht in das Handelsregister, § 9 HGB. In allen Fällen eines konkreten Bezugs (aktuelle und potentielle Aktionäre und Gläubiger oder in der Satzung genannte Dritte) ließe sich nämlich ein berechtigtes Interesse an der Einsicht annehmen. Diese Voraussetzung verlangt das Gesetz beim öffentlichen Handelsregister gerade nicht; j e d e r kann es einsehen.

b) Die Pflicht zur Veröffentlichung von Satzung und Satzungsänderungen pflegt herkömmlich als Grundsatz der formellen Publizität bezeichnet zu werden.[7] Nähere Auseinandersetzungen hiermit finden sich jedoch nicht. Die Fülle der aktienrechtlichen Publizitätsliteratur der letzten Jahre beschäftigt sich fast ausschließlich mit dem als allein erheblich angesehenen Grundsatz der "materiellen Publizität". Ja, dieser wird schlechthin als das aufgefaßt, was unter "Publizität" zu verstehen sei.[8] Nach KRONSTEIN-CLAUSSEN[9] erfaßt man damit "die Vielzahl der Mitteilungen, die von den Verwaltungen der AGen über die Lage des Unternehmens und seine wirt-

---

3) vgl. etwa §§ 18, 19, 71 AktG
4) vgl. Erlinghagen, aaO, S. 154
5) Erlinghagen, aaO, Fischer in Großk. AktG, § 16 Anm. 19
6) vgl. Baumbach-Hueck, AktG, § 16 Anm. 1 B; a.A. Erlinghagen, aaO
7) Kronstein-Claussen, Publizität und Gewinnverteilung im neuen Aktienrecht, S. 10
8) Kronstein-Claussen, aaO, S. 9. Richtig von Caemmerer, in Frankfurter Publizitätsgespräch, S. 141, der bei der Publizität die Normen über Handelsregistereintragung und ihre Veröffentlichung an erster Stelle nennt, während Minz, aaO, S. 258f, amtliche Anzeigen und das Handelsregister als "sonstige Mittler der Publizität" ganz am Schluß aufführt. Volkswirtschaftlich gesehen ist letztere Rangordnung nach der augenblicklichen Praxis richtig, systematisch nicht.
9) aaO

schaftliche Tätigkeit gegeben werden".[10] Hier hat sich der Streit entzündet, wer eigentlich Empfänger der Publizität ist. Er dürfte heute entschieden sein. KRONSTEIN-CLAUSSEN[11] haben klar nachgewiesen, daß Adressat - entsprechend wie bei der Satzung - nicht nur die Aktionäre,[12] die Gläubiger und der Kapitalmarkt sind, sondern auch die Öffentlichkeit ganz allgemein. Die Allgemeinheit habe ein berechtigtes Interesse zu erfahren, wie der in AGen zusammengeballte überwiegende Teil des deutschen Großindustrievermögens angelegt sei, erhalten und vermehrt werde. Die Mehrzahl der Referenten des Frankfurter Publizitätsgesprächs 1962 sind dieser Auffassung beigetreten.[13] Zuvor schon hatte DÖLLERER[14] - entgegen Feststellungen des DIHT - anhand der historischen Entwicklung der Publizität sogar überzeugend dargelegt, daß heute nicht nur ein Unterrichtungsbedürfnis der Öffentlichkeit, sondern sogar eine im öffentlichen Recht wurzelnde Rechenschaftspflicht der AG der Öffentlichkeit gegenüber angenommen werden müsse. Dieser Gedanke war schon von BALLERSTEDT[15] und RAISER[16] betont worden.

c) Die Adressaten der formellen und materiellen Publizität decken sich somit. Diese Kongruenz konnte auch das einzig zutreffende Ergebnis sein. Denn auch dem Grundsatz der formellen Publizität liegt der Gedanke der materiellen Publizität (im umfassenden Sinn) zugrunde. Über der Alleinbetonung der "materiellen Publizität" i.e.S. hat die h.A. vergessen, daß der Grundsatz der formellen Publizität ("Satzungsöffentlichkeit") gerade zur Erfüllung der materiellen Publizität i.w.S. aufgestellt worden ist. Systematisch liegt die "Grundpublizität" überhaupt in der Satzung und muß dort liegen. Die h.M. hat nur noch die Auswirkungen dieses Grund-

---

10) Wenn Hundhausen, in Frankf. Publizitätsgespr., S. 26 weitergehend Publizitat mit "Public Relations" i.S. von "Aufgabe der Gewinnung der Öffentlichkeit' gleichsetzt und damit die gesellschaftsrechtliche Seite der Publizität zugunsten der betriebswirtschaftlichen Sicht der Werbung aufgibt, ist dies entschieden abzulehnen.

11) aaO, S. 9ff, insbes. 21ff

12) denen sie - mit überzeugender, mehrfacher Begründung - einen gesellschaftsrechtlichen Anspruch auf Publizität zusprechen. Abweichend neuerdings nur Wiethölter, Frankf. Publizitätsgespräch, S. 33ff. Nach ihm sind die Anteilseigner nur Teilnehmer an den Publizitätsinteressen der Allgemeinheit.

13) vgl. Hofstätter, von Caemmerer und Hax, in Frankf. Publ., S. 74ff bzw. 141ff bzw. 97; kritischer aber Wiethölter, aaO, S. 43 (die Öffentlichkeit als Publizitätsträger sei häufig ein "Leertitel") und Kaiser, aaO, S. 88ff (die Öffentlichkeit sei diffus und ein Phantom). Nur für Publizitätsinteressen der Aktionäre Stützel bei Arndt, Konzentration, S. 951ff.

14) BB 58, 1281ff

15) JZ 51, 486

16) Verh. des 39. DJT Stuttgart 1951, Sitzungsbericht der Verhandlungen der wirtschafts- und sozialrechtlichen Abteilung, S. 60

satzes auf zwei Gebieten im Auge, der Anfechtung und der Auslegung der Satzung, den Grundsatz selbst aber bei der Frage der inhaltlichen Exaktheit der Satzung vernachlässigt. Daß in der Praxis die Publizitätsfunktion der Satzung allgemein und besonders hinsichtlich der Typenfrage nahezu völlig verkümmert ist und niemand mehr daran denkt, seine Informationen auch aus der Satzung zu ziehen, erscheint als eine dem Wesen und der Funktion des "Grundgesetzes" der Gesellschaft widersprechende Entwicklung. Sie bedarf notwendig einer Korrektur, soll nicht die Satzung ihren Dornröschenschlaf in Safe und Registerschrank weiterträumen. Die Satzung muß wieder "richtig" werden,[17] sie muß ein getreues Spiegelbild auch der materiellen Verfassungswirklichkeit der AG sein. Das heißt nicht, daß sie überladen werden soll. Sie soll nach wie vor nicht Details angeben (hierzu dient die materielle Publizität), sie soll Rahmen und Grundgesetz bleiben. Auch braucht nicht befürchtet zu werden, die Registerbehörden würden durch Informationssuchende überlastet. Das könnte vermieden werden, wenn es zur Praxis der Geschäftsberichte (in Stichworten auch der Geschäftsbriefe) würde, eingangs auf gewisse, Art und Ziel der Geschäftsführung beeinflussende, vom Normaltypus abweichende Satzungsbestimmungen hinzuweisen, die manche Vorgänge erklären würden.[18]

2) Konkrete Aufschließung in Form der Drittöffnung.

Als Folgerung aus diesen Überlegungen ergibt sich, vor allem de lege ferenda, die Forderung nach einer "k o n k r e t e n Aufschließung" der j.P., d.h. nach Nennung der h.P. in der Satzung. Beim OV erfolgt sie, in einer echten übergeordneten Konzernverfassung wäre sie selbstverständlich, aber auch bei der Satzung der Untergesellschaft ist sie ein Gebot der inhaltlichen Exaktheit. Mit wem ein OrganschaftsV oder BÜV abgeschlossen wird und damit ein strukturänderndes Dauerverhältnis eingegangen wird, ist für alle Publizitätsempfänger von entscheidender Bedeutung. Dabei ist zu betonen, daß es sich nicht um eine zusätzlich geforderte Publizität handelt, sondern um eine dogmatische Folgerung aus Wesen und Funktion der Satzung. WÜRDINGER[19] kommt diesem Gedanken sehr nahe, wenn er erwägt, als eine Form der organisatorischen Abhängigkeit beim "Gegenstand des Unternehmens" einen Hinweis auf ein anderes (konkretes!) schuldrechtliches Vertragsverhältnis aufzunehmen, aus dem sich die Weisungsgebundenheit der Gesellschaft als j.P. ergäbe.

Die Drittöffnung kommt als Vorstufe und notwendiges Korrelat zu einem schuldrechtlichen UV bei allen Verträgen in Betracht, die eine abhängige, konzernein-

---

17) Erlinghagen, aaO, S. 155

18) Etwa: die AG ist Geschäftsführungsgesellschaft für die zusammengeschlossenen Gesellschaften ... oder: Organgesellschaft der ... -AG oder: hat ihr Unternehmen der ... -Gesellschaft vertraglich überlassen, etc.

19) Aktienrecht, S. 193

gegliederte Gesellschaft entstehen lassen. Das ist beim OrganschaftsV, konzerninternen PachtV, BÜV, GFV und Konzern-BFV der Fall. Dogmatisch handelt es sich dabei um ein aliud zur Dritteinbeziehung, wie sie beim OV erfolgt, es liegt lediglich eine Drittbereitschaft vor. Ist der Dritte Aktionär der abh. Ges., so beinhaltet die konkrete Aufschließung - ebenso übrigens der organisatorische UV - zugleich eine formell verfassungsrechtliche Relativierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Besonders deutlich tritt dies bei einem Namensaktionär hervor. Eine Verletzung des Grundsatzes liegt bei angemessenen Ausgleichsleistungen nicht vor.[20]

3) Konkrete Aufschließung in Form der Gemeinschaftsöffnung.

Entsprechend der Drittöffnung ist für IGVe eine "Gemeinschaftsöffnung" erforderlich.[21, 22] Das dort Ausgeführte gilt auch hier.

4) Die Grenze des Aufschließungszwangs (Untergrenze der Abhängigkeit).

a) Der Beginn der Abhängigkeit ist entscheidend für das Erfordernis der Drittöffnung. In der Literatur ist diese "Untergrenze der Abhängigkeit" des öfteren, aber nicht erschöpfend, erörtert worden.[23] Eine eigene Lösung vorzuschlagen, ist angesichts der offensichtlichen Schwierigkeiten im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich. Doch mag versucht werden, einige Hinweise zu geben.

aa) Abhängigkeitsdefinitionen finden sich insbesondere bei KRONSTEIN, FRANKENBERG und MAURER. Nach FRANKENBERG[24] ist ein zivilrechtlicher, wirtschaftlicher und steuerrechtlicher Abhängigkeitsbegriff zu unterscheiden. Um die Erfassung des letzteren im Rahmen der steuerlichen Organschaft geht es SCHULTZE-SCHLUTIUS[25] und FLUME,[26] wobei sie weiter zwischen persönlicher und sachli-

---

20) vgl. zur Frage der Angemessenheit neuerdings auch Günther, Walter, Grenzen der Mehrheitsmacht im Aktienrecht bei der verschmelzenden Umwandlung auf den Hauptgesellschafter, Diss. Tübingen 1963, insbes. § 9 IV.

21) Eine entsprechende Satzungsänderung ist erforderlich, wenn die j.P. als p.h. Gesellschafter oder Kommanditist einer OHG bzw. KG auftritt. Auch hier besteht ein schuldrechtliches Band (Düringer-Hachenburg, Einl. Anm. 143). Die konkrete Aufschließung verlangt die Angabe in der Satzung der Gesellschaft, daß diese berechtigt ist, mit einem bestimmten Partner zusammen eine OHG/KG zu gründen als Komplementär oder Kommanditist.

22) Der Gedanke, durch ein solches Erfordernis würde das unentziehbare Grundrecht der j.Pen, sich zusammenzuschließen (Art. 9 i.V.m. 19, II und III GG), unzulässig eingeschränkt, wäre absurd.

23) insbesondere von Frankenberg, aaO

24) aaO, S. 10

25) aaO, S. 35

26) DB 55, 485ff

cher Abhängigkeit differenzieren.[27] Zivilrechtlicher - der hier in Frage steht - und wirtschaftlicher Abhängigkeitsbegriff erweisen sich jedoch als identisch; der zivilrechtliche Rechtsbegriff der "Abhängigkeit", wie er im AktG verwendet wird, kann nur anhand wirtschaftlicher Kriterien ermittelt werden, er bedeutet "wirtschaftliche Abhängigkeit". "Rechtliche Abhängigkeit" erfaßt demgegenüber eine durch rechtliche Mittel (Vertrag, Satzung) "verrechtlichte" wirtschaftliche Abhängigkeit. Steuerliche Organschaft beinhaltet stets auch zivilrechtliche Abhängigkeit.

KRONSTEIN verwendet in seiner Abhängigkeitsdefinition[28] u.a. das Moment der Willensbeherrschung und Gewinnbeeinflussung (wobei er beim Gewinn auf "erheblichen Umfang" abstellt). FRANKENBERG[29] erblickt das Kriterium darin, ob die h.Ges. "in den für die Gesellschaft lebensnotwendigen, den Erwerbs-, Vermögens- oder Geschäftsführungszweck betreffenden Funktionen der abh.Ges. ihren Willen aufzwingen kann". MAURER[30] hebt die durch Vertrag oder Satzung begründete U n t e r n e h m e n s - Unterstellung hervor. Das sind jedoch, betrachtet man die drei Definitionen insgesamt, nur diejenigen Erkenntnisse, die wir schon oben[31] herausgestellt haben. Abhängigkeit heißt danach Unternehmenszuordnung durch Zuordnung des Unternehmens selbst oder der j.P., jeweils durch unmittelbaren Einfluß auf die Geschäftstätigkeit oder den Gewinn. Zum entscheidenden Punkt, welches M a ß an Einfluß jeweils zur Annahme einer Abhängigkeit ausreicht, besagen sie allesamt nichts. Nur KRONSTEIN nennt hier den - allerdings ganz unbestimmten - Ansatzpunkt der "Erheblichkeit". Übereinstimmung herrscht nur, daß lediglich Dauerbeziehungen eine Abhängigkeit begründen können. Gerade bei vertragsmäßiger Abhängigkeit lasse sich aber die untere Grenze der Abhängigkeit nicht so leicht bestimmen, meint FRANKENBERG.[32] Nur Auslegung des die Abhängigkeit begründenden Vertrags könne helfen.

bb) Anerkannt ist, daß sich eine Stufenfolge der Abhängigkeit feststellen läßt, die von völliger Beherrschung über Abh. i.e.S. (75 %) zur "Beeinflussungsmöglichkeit" (besser: "unvollständige Beherrschung"[33]) führt.[34] Zweckmäßig erscheint, Beherr-

---

27) Jede objektive Unselbständigkeit, d.h. das Vorliegen einer finanziellen, wirtschaftlichen und organisatorischen Eingliederung, bedeutet dabei gleichzeitig subjektive Unselbständigkeit, d.h. Willensbeherrschung. Lediglich zivilrechtliche Willensbeherrschung stellt aber noch keine subjektive Unselbständigkeit i.S.d. Steuerrechts dar. 28) aaO, S. 7

29) aaO, S. 31 30) aaO, S. 70 31) § 4 I und II

32) aaO, S. 75. Entsprechend unklar sei, welches Mindestmaß an Organisationsrechten bei org. Abh. erforderlich sei, aaO, S. 102.

33) Nägeli, aaO I, S. 214; von "Beeinflussungsmöglichkeit" spricht er in leichteren, Nicht-Beherrschungsfällen. 34) Haußmann, ZHR Bd. 97 (1932), 4

schung (Abhängigkeit) von bloßer Einflußnahme (bei 5 % z.B.) abzugrenzen. Eine Sperrminorität kann dann je nach den Umständen eine unvollständige Beherrschung oder bloße Einflußnahme beinhalten. Die übliche Abgrenzung der Organgesellschaft von der abh. Ges. geht u.a. von dieser Stufenfolge aus. Unstreitig ist dabei, daß zur Abhängigkeit die Beherrschungs m ö g l i c h k e i t genügt;[35] WÜRDINGER[36] spricht bei einer solchen, tatsächlich aber nicht ausgeübten (z.B. bei Banken) von "schlichter Abhängigkeit". Die Konzernabhängigkeit ist ebenfalls gestuft; sie kann von "einheitlicher Leitung" (§ 15 AktG) bis zur Herstellung voller wirtschaftlicher Einheit zwischen abh. u. h. Ges. führen.[37]

cc) Läßt sich bei stimmenmäßiger Abhängigkeit anhand der Aufteilung des Aktienkapitals die Grenze zwischen Beherrschung und Einflußnahme generell feststellen, so stellt sich bei vertragsmäßiger Abhängigkeit das Finden der Untergrenze als Einzelfall-Entscheidung dar, bei der alle Umstände zu berücksichtigen sind.[38] Der Vertrag muß notwendig unmittelbar die Geschäftsführung (d.h. die Willensbildung) der Gesellschaft und/oder den Gewinn berühren. Indizierend ist ferner, ob er die wesentlichen Fragen der Geschäftsführung, die Grundsatzunternehmenspolitik, betrifft oder nur die laufende Geschäftsführung. Stets wird der Vertrag nicht isoliert betrachtet werden dürfen, sondern "für seine richtige Auslegung ist das Verständnis der wirtschaftlichen Grundverhältnisse unentbehrlich".[39] Das führt aber dazu, daß nicht nur objektive Gesichtspunkte wie Beteiligungsverhältnisse, personelle Verflechtung oder Verbindung mit einer selbständigen Dividendengarantie bei der Auslegung maßgebend sind,[40] sondern auch subjektive, insbesondere, ob sich aus dem Gesamtcharakter des Vertrags die Absicht der Konzerneingliederung ergibt. Der Verkehrsauffassung, besonders im Konzernwesen, wird dabei eine entscheidende Rolle zukommen, ein Gedanke, der § 281, II E bei der IG zu Recht zugrunde liegt. Sie ist aber notfalls dahingehend zu objektivieren, daß die Untergrenze der Abhängigkeit nicht zu hoch angesetzt wird.

Die größten Schwierigkeiten bereitet die teilweise Abhängigkeit. Der BFV Kaliwerke - Mörtelwerke etwa bei HAUSSMANN,[41] bei dem ein Ziegeleibetrieb dem sachkundigeren Unternehmen zur Führung überlassen wurde, begründet sicher noch keine Abhängigkeit der Kaliwerke. Es liegt ein "Betriebsvertrag" vor, wie man

---

35) Frankenberg, aaO, S. 38; anders wohl Baumbach-Hueck, AktG, 11. Aufl. 1961, § 15 Anm. 3 A

36) Schmidt-Festschrift, S. 279

37) Bühler, aaO, S. 252

38) h.M., vgl. Frankenberg, aaO, S. 77, Haußmann, Tochtergesellschaft, S. 25

39) so zu Recht Flechtheim, Die rechtliche Ordnung der Kartelle, 1923, S. 10 für Kartellverträge; zust. Frankenberg, aaO, S. 76, Schultze-Schlutius, aaO, S. 44 für abhängigkeitsbegründende Verträge.

40) so Erlinghagen, aaO, S. 73ff

41) Praxis, S. 120ff, Nr. 5

sagen könnte, und kein "Unternehmensvertrag". Das führende Unternehmen hat nur Entgelt- und Nebenleistungsinteresse. Nehmen wir aber den Fall an, eine AG habe drei gleichwertige Betriebe, verpachte einen und gliedere den zweiten in einen Konzern ein, führe aber den dritten selbst weiter. Und wie ist es bei Verschiedenwertigkeit der Betriebe und woran soll der Wert gemessen werden (investiertes Kapital, Umsatz, Belegschaft, Ertrag)? Auch hier wird man ohne Berücksichtigung der Auffassung des Geschäftsverkehrs nicht auskommen. Dabei ist zu beachten, daß dem Vorstand im Rahmen seiner Befugnis zur selbständigen Geschäftsführung ein erheblicher Ermessensspielraum zusteht, ob und unter Heranziehung welcher Dritter e r (!) am besten sein Unternehmen führe.

dd) Insgesamt ist daher festzustellen, daß sich ein allgemeingültiger Begriff der Abhängigkeit mit materiellen, praktikablen Kriterien wohl nicht aufstellen läßt.[42] Das mußte auch die Studienkommission des DJT[43] erkennen und daher bei ihrem Formulierungsvorschlag zu einer Erweiterung des § 256 AktG mit unbestimmten Begriffen arbeiten ("Einräumung nicht auf bestimmte Geschäftsvorgänge beschränkter Weisungsbefugnisse, die bestimmenden Einfluß auf die Unternehmensleitung oder einen wesentlichen Teil der Geschäftstätigkeit gewähren").

b) Entsprechend liegen die Probleme bei der IG bezüglich der Notwendigkeit der Gemeinschaftsöffnung.[44] Solange das ganze Unternehmen und der ganze Gewinn erfaßt wird, erhebt sich keine Frage. Wie aber, wenn nur einer von zwei oder drei Betrieben oder nur ein bestimmter Prozentsatz des Gewinns vergemeinschaftet werden soll? Soll auf den "Maßgeblichkeitsgedanken des § 256 AktG" abgestellt werden und erst ab einer Zusammenlegung des überwiegenden Teils des Gesamtgewinns ein "Unternehmensvertrag" angenommen werden?[45] Diese Grenze erscheint zu hoch angesetzt. Man wird, wie auch § 281, II E für ein Teilgebiet vorsieht, letztlich die Verkehrsauffassung entscheiden lassen müssen unter Berücksichtigung der obengenannten Kriterien.

5) Der Standort der Aufschließung in der Satzung.

Die Einordnung der Aufschließung hängt davon ab, welchen Charakter die Strukturänderung aufweist. Sie kann den Zweck oder den Gegenstand der Gesellschaft berühren oder anders geartet sein und daher einer selbständigen Einordnung bedürfen.

---

42) so auch Schneebeli, M.H., Die Einmanngesellschaft, Diss. Zürich, 1932, S. 210

43) Bericht Ballerstedt 1955, S. 52

44) Verfehlt ist es, wenn Maurer, aaO, S. 88, annimmt, auch hier liege eine A b h ä n g i g k e i t der Mitgliedsgesellschaften vor.

45) Rautmann, aaO, S. 178

a) Die Grundtypus-AG verfolgt einen Erwerbszweck. Meist ist dieser in der Satzung nicht ausdrücklich genannt, sondern läßt sich nur aus dem Gesamtcharakter, insbesondere dem Gegenstand der Gesellschaft, ableiten.[46] STARKE[47] nimmt nun an, der Zweck der AG erschöpfe sich nicht in einem abstrakten Gewinnbezugsrecht, d.h. im Erwerbsstreben überhaupt, vielmehr sei der Zweck die Erreichung eines zumindest dem Betriebe äquivalenten Gewinns. UVe ohne angemessenes Entgelt bedeuteten daher eine Zweckänderung und erforderten Einstimmigkeit.[48] Abgesehen davon, daß das betriebsäquivalente angemessene Entgelt schwerlich zu errechnen ist, ist dieser Versuch, über eine Konkretisierung des Erwerbszwecks das Schutzproblem zu lösen, nicht haltbar, denn er findet im AktG nicht die geringste Stütze. Die Absicht der Gesellschaftsgründer, angemessene Gewinne zu erzielen, braucht nicht mit dem gesetzlichen Zweck der AG übereinzustimmen. Einstimmigen Vertragsschluß beim OrganschaftsV und einer Verpachtung fordert auch PLEYER,[49] ohne sich aber zur Frage der Zweckänderung zu äußern. Er spricht nur von einer Änderung der "typischen Bestimmung" der AG.

Eine Zweckänderung ist jedoch zu verneinen. Die Gesellschaft verfolgt nach wie vor einen Erwerbszweck, ist Erwerbs-AG. Der Strukturwandel bewirkt nur eine Änderung in der Person dessen, für den erworben wird. Die aufgeschlossene AG verfolgt den Erwerbszweck nicht mehr für sich selbst, sondern für Dritte oder eine Gemeinschaft, der sie angehört.[50]

b) Vorherrschend ist die Auffassung, die Strukturänderung bedeute eine Gegenstandsänderung.[51] Unter Gegenstand des Unternehmens wird zunächst der "nähere Be-

---

46) vgl. Pleyer, AG 59, 10 und Anm. 13 daselbst. So auch RGZ 164, 140.

47) aaO, S. 44, S. 5 spricht er davon, der Zweck der Ges. sei, eine Form für den Selbstbetrieb eines Unternehmens abzugeben. Konzernierung wäre demnach auch von dorther gesehen Zweckänderung.

48) aaO, S. 44

49) AG 59, 10ff

50) Für Ablehnung einer Zweckänderung zu Recht auch Erlinghagen, aaO, S. 140ff, insb. S. 143; doch ist es mißverständlich, wenn er ausführt, die Minderheitsaktionäre kämen nun nicht mehr in den Genuß realer, sondern hypothetischer Gewinne. Praktisch sieht es so aus; in Wirklichkeit aber empfangen sie nur noch Gegenleistungen, nicht mehr Gewinne. Die Ges. ist überhaupt nicht mehr auf "ihren" Erwerb ausgerichtet.

51) vgl. die oben § 2 Anm. 33 angeführte Literatur. Diese Subsumtion der einschneidenden Konzernierung dürfte mit dazu geführt haben, in § 146 AktG (ebenso § 167 E) die Regelung des § 275, II HGB zu übernehmen, wonach für eine Gegenstandsänderung in der Satzung nur erschwerende Erfordernisse zugelassen sind.

reich der auszuübenden Tätigkeit" verstanden.[52] Dieser bleibt nach der Strukturänderung in aller Regel derselbe.[53] Die Frage ist nur, ob zusätzlich auch der Typus der Gesellschaft, insbesondere die Tatsache selbständigen oder unselbständigen Wirtschaftens, mit in den Gegenstand einzubeziehen ist. Die h.M. hat sich, ersichtlich, weil sie keine andere Möglichkeit der Anknüpfung sah, so entschieden. ERLINGHAGEN[54] betont, aus dem "Gegenstand des Unternehmens" müsse auf die Art des Einsatzes des Gesellschaftsvermögens geschlossen werden können. Dabei sei von entscheidender Bedeutung, ob die Gesellschaft im eigenen Interesse oder für Rechnung Dritter tätig werde.

Dem kann nicht zugestimmt werden. Die Lösung über den "Gegenstand" stellt eine Hilfskonstruktion dar, die mindestens de lege ferenda aufgegeben werden sollte. Der Gegenstand soll nur die charakteristische Geschäftstätigkeit der Gesellschaft bezeichnen, angeben, auf welchem Sektor der arbeitsteiligen Wirtschaft sie sich betätigt, nicht aber, für wen und mit wem zusammen sie das tut.[55]

c) Daher ist - de lege ferenda - eine selbständige Satzungsbestimmung zu fordern, die über die konkrete Aufschließung Auskunft gibt. Sie gehört nicht zum notwendigen Satzungsinhalt.[56] Das Schweigen der Satzung spricht für eine Grundtypus-AG. Da sie in ihrer Fassung die Zuordnungs b e r e i t s c h a f t zum Ausdruck bringen soll, wäre sie als Ermächtigungsbestimmung auszugestalten. Die Formulierung lautete dahingehend, daß die Gesellschaft ermächtigt sei, mit der...-Gesellschaft einen IG- (Pacht-, BÜ-, etc.) Vertrag abzuschließen.

III) Der Unternehmensvertrag nach erfolgter Aufschließung.

---

52) vgl. Baumbach-Hueck, AktG, 11. Aufl. 1961, § 16 Anm. 4 C

53) Erlinghagen, aaO, S. 153

54) aaO, S. 155f. Er begründet das Erfordernis der Satzungsänderung auf zwei voneinander angeblich unabhängige Arten, nämlich mit der Gegenstandsänderung und einer inneren Strukturänderung. In Wirklichkeit handelt es sich aber um ein und dieselbe Änderung, die er eben systematisch als Gegenstandsänderung deutet.

55) so auch Hamburger, aaO, S. 292; formalistisch aber seine allgemein abgelehnte Folgerung, da sich auch der Zweck (Gewinnerzielung) nicht geändert habe, brauche in die Satzung überhaupt keine Bestimmung darüber aufgenommen zu werden, ob der Betrieb im Eigen- oder Fremdinteresse geführt werde.

56) Aus einem Schweigen der Satzung könnte also nicht etwa der Schluß gezogen werden, es fehle ein Element des notwendigen Satzungsinhalts bzw. sei unvollständig, mit der Folge der Nichtigkeitsklage nach § 216 AktG. Läge in Wirklichkeit eine Ausnahmetypus-Gesellschaft vor, wäre die Satzung lediglich falsch, nicht aber unvollständig.

1) Die Zustimmung der HV auch zum Unternehmensvertrag selbst.

Auch soweit dem Abschluß des UVs eine Satzungsänderung vorausgegangen ist, bedingt § 256 AktG eine qualifizierte Zustimmung der HV zum UV selbst. Das Zustimmungserfordernis ist zwingender Natur.[57] Es fragt sich nur, ob es de lege ferenda angesichts der unbedingten Forderung nach einer satzungsmäßigen Aufschliessung beizubehalten ist.

Die Antwort hängt entscheidend von Art und Fassung der Satzungsermächtigung ab, vor allem, ob diese einen konkreten Bezug zu dem UV hinsichtlich Typ und Einzelinhalt enthält und auch zeitlich eine notwendige Verknüpfung vorliegt. Ist die Ermächtigung allgemein gehalten, wie bei der herkömmlichen abstrakten Aufschließung, dürfte auf der Hand liegen, daß die Zuweisung eines Zustimmungsrechts an die HV sinnvoll ist. Denn häufig liegt die Aufnahme der Klausel zeitlich zurück, sodaß sich die Verhältnisse beider Gesellschaften oder in der Gesamtwirtschaft erheblich geändert haben können. Ferner berücksichtigt die abstrakte Aufschließung nicht die Person des Vertragspartners, die konkrete Vertragsart und die besonderen Vertragsbedingungen. Diesen Kriterien kommt aber entscheidende Bedeutung zu. Erst sie bestimmen näher den Charakter und Umfang der strukturellen Wandlung, erst mit Vertragsschluß tritt die Strukturänderung ins Stadium des materiellen Vollzugs. Der UV erst ordnet zu, die Aufschließung schuf nur die Zuordnungsbereitschaft. Bei konkreter Aufschließung entfällt nun regelmäßig das zeitliche Bedenken; Person des Vertragspartners und gewählte Vertragsart (insbesondere gemeinschaftsbegründender oder abhängigkeitsbegründender Vertrag) stehen fest. Vermögen aber allein die konkreten Vertragsbedingungen zu rechtfertigen, die HV zustimmen zu lassen? Man kann vorbringen, nach Aufschließung bewege sich die Gesellschaft innerhalb eines neuen Typus und der konkrete UV sei daher nunmehr ein typenadäquates Geschäft. Die Festlegung konkreter Vertragsbedingungen bei typenadäquaten Verträgen falle aber in den normalen Aufgabenbereich des Vorstands, der eine verfassungsmäßige Verantwortlichkeit hierfür trage.[58] Diese theore-

---

57) unstreitig, vgl. die in § 2 Anm. 33 zit. Kommentarstellen.

58) Abzulehnen ist die Auffassung, daß bei einer abhängigkeitsbereiten AG gar keine Verantwortlichkeit des Vorstands für die Vertragsbedingungen mit der h.P. mehr gegeben sei, weil ihr Interesse ja nunmehr das der h.P. sei. Wie auch im Text ausgeführt, kann dieses Aufgehen des eigenen Gesellschaftsinteresses im Konzerninteresse theoretisch nicht angezweifelt werden. Der Grad der Zuordnung aber ergibt sich erst aus dem konkreten Vertragsinhalt und für dessen Günstigkeit ist der Vorstand insbesondere den Minderheitsaktionären nach wie vor verantwortlich (vgl. auch § 70 AktG, §§ 73, 297, 307, 311 E). Entsprechend kann bei einer gemeinschaftsbereiten AG dem Vorstand vorgeworfen werden, er habe die Mitverwaltungsrechte und den Gewinnanteil der

tisch sicher richtige Auffassung übersieht indes, daß Umfang, Grad und Dauer der Strukturänderung, ihre materielle Ausfüllung, auch bei konkreter Aufschließung erst durch den Vertragsinhalt endgültig festgelegt werden. Fehl geht auch der Einwand, die Aktionäre hätten sich mit der vorherigen Zustimmung zur Satzungsänderung mit einer Zuordnung beliebigen Grades einverstanden erklärt. Ihr dortiger Konsens stellt nur eine Rahmenzustimmung dar. Bei der Ausfüllung durch den konkreten Vertragsinhalt sind sie nach wie vor schutzbedürftig und haben im höchsten Grade ein Mitwirkungsinteresse. Ihre qualifizierte Zustimmung auch zum Vertrag selbst ist daher unentbehrlich.

Das Zustimmungserfordernis bedeutet zugleich, daß jede Änderung des UVs der Zuständigkeit der HV unterworfen wird. Ein Bedürfnis hierzu ist aus den genannten Gründen auf jeden Fall anzuerkennen, während bei Vertragsabschluß das praktische Argument vorgebracht werden könnte, dem HV-Beschluß über die konkrete Aufschließung liege ja regelmäßig bereits der konkrete Vertragstext zugrunde, womit sich eine Zustimmung zum Vertrag selbst erübrige.

2) Die Eintragung des Unternehmensvertrags ins Handelsregister.

Auch bei konkreter Aufschließung besteht die Gefahr, daß die Satzung deshalb wiederum keine klare Auskunft gibt, weil der Aufschließung (wenigstens zunächst) kein ausführender schuldrechtlicher Vertrag folgt. Um dies zu vermeiden, könnte man verlangen, daß Vollzug der Drittöffnung und Abschluß des Ausführungsvertrags uno actu erfolgen (was sich bei der konkreten Form meist von selbst ergeben wird) oder aber, ganz anders, man könnte den Vertragsschluß selbst auch eintragungspflichtig machen. Der Vertrag dürfte nie vor der Satzungsänderung eingetragen werden und äußerte andererseits Rechtswirkungen erst mit der Eintragung. Die Eintragung könnte - und müßte systematisch sogar - auf die Tatsache des Vertragsschlusses beschränkt werden; der Vertragsinhalt ist schuldrechtlicher Natur und unterfällt nicht dem Satzungsbereich. Wir werden im 3. Teil zeigen, daß der Entwurf, vom Ergebnis her gesehen, diesen Forderungen weitgehend Rechnung trägt.

---

eigenen Gesellschaft zu ungünstig festgesetzt (übersteigt die Ungünstigkeit aber ein bestimmtes Maß, so liegt in Wirklichkeit Abhängigkeit vor, vgl. oben § 7 III 2). Schließt man sich der im Text vorgetragenen Meinung an, auch für den Ausführungsvertrag die Zustimmung der HV zu verlangen, wird das Problem der Vorstandshaftung nicht praktisch.

§ 9 Ergebnisbildung durch Anwendung der gefundenen Grundsätze auf die Unternehmensverträge des geltenden Rechts und des Entwurfs.

A. Die Rechtsnatur der Unternehmensverträge.

Schuldvertrag und OV sind Typen der Dogmatik geltenden Rechts. Wie wir sahen, sind sie ihrer dogmatischen Struktur nach gleicherweise zu Zwecken der Unternehmensverbindung zwischen j.Pen geeignet, der schuldrechtliche Vertrag allerdings nur im Verein mit einer Satzungsänderung. Unbeantwortet blieb indes bisher die Frage, welches Anwendungsgebiet dem OV nach geltendem Recht zufalle. Am Ende des ersten Teils der Arbeit haben wir dargelegt, daß die Antwort erst dann gegeben werden könne, wenn feststehe, wie es sich mit der Zulässigkeit des schuldrechtlichen Vertrages zur rechtlichen Unternehmensverbindung verhalte. Nachdem sich der letztere, zusammen mit einer Satzungsänderung, als mögliches Mittel rechtlicher Konzernorganisation erwiesen hat, entfällt die Notwendigkeit, alle UVe des geltenden Rechts als OVe aufzufassen. Wären alle schuldrechtlichen UVe als nichtig anzusehen gewesen, hätten keine Bedenken bestanden, neben §§ 233ff auf § 256 AktG als Grundlage einer erweiterten Anwendung des OVs zurückzugreifen. Genügen aber die schuldrechtlichen Verträge den Anforderungen, so ist de lege lata für eine gleichzeitige Zulassung des organisatorischen UVs mittels arg. § 256 und kraft Analogie zum Verschmelzungsvertrag kein Raum. Eine derartige Ausdeutung des Gesetzes überstiege bei dem allen drittbezogenen organisatorischen Regelungen offensichtlich abgeneigten System des geltenden Aktienrechts die Grenzen der analogen Rechtsanwendung. Auch § 50 AktG bietet, abgesehen davon, daß er nur Aktionäre betrifft, eine zu schmale Analogiebasis. Damit lassen sich folgende Ergebnisse festhalten:

I) Geltendes Recht.

1) Alle UVe des geltenden Rechts sind schuldrechtliche Verträge. Das gilt auch für den OrganschaftsV. Der OV bedarf der Einführung durch Gesetz. Neben dem Schuldvertrag ist stets eine Satzungsänderung erforderlich. Diese macht schuldrechtliche UVe erst, aber stets, zulässig.[1] § 256 AktG ist daher im Anschluß an RASCH[2] dahin auszulegen, daß er eine solch zusätzliche Satzungsänderung nicht grundsätzlich ausschließt. Dieses Ergebnis ist zwingend geboten, da andernfalls die UVe als unzulässig anzusehen wären; es wird von der objektiven Auslegungstheorie getragen. Eine abstrakte Aufschließung wird man de lege lata genügen lassen müssen, obwohl zu bezweifeln ist, daß sie den Mindestanforderungen der Aufschlies-

---

1) A.A. Duden, BB 57, 49 bei Organschaft: Unwirksamkeit trotz Satzungsänderung.

2) aaO, S. 65f

sung gerecht wird. Das geltende Aktienrecht würde jedoch überspannt, wollte man auch das Erfordernis einer konkreten Aufschließung daraus ableiten.

2) Zum OrganschaftsV ist noch zu bemerken: in seiner heute üblichen abstrakten Fassung entspricht er dem organisatorischen Unterwerfungs- und Gewinnabführungsvertrag und ist als solcher nichtig. Er ist daher gemäß § 140 BGB in einen Schuldvertrag umzudeuten, i.d.R. einen GFV. Die Weisungserteilung beruht demnach auf einem kausalen Schuldverhältnis und der zu übertragende Gesamtgewinn stellt Unternehmensgewinn und nicht den Gewinn der j.P. dar.[3] Sofern der OrganschaftsV mit einem Aktionär abgeschlossen wurde, liegt eine verdeckte Gewinnausschüttzung vor.[4] Es kann keinen Unterschied machen, ob bruchstückhafte Überführung in schuldrechtlichen Einzelverträgen oder eine schuldrechtliche Gesamtüberführung erfolgt. Richtig erkennt die auf materieller Betrachtungsweise beruhende Lehre von der verdeckten Gewinnausschüttung, daß der Unternehmensgewinn inhaltlich mit dem Bilanzgewinn der j.P. voll übereinstimmt und seine vertragliche Abführung bei der Grundtypus-AG daher dem Verbot der §§ 52, 54 AktG zu unterstellen ist. Die verdeckte Gewinnausschüttung beim OrganschaftsV ist jedoch nach satzungsmäßiger Aufschließung zulässig.[5] Das folgt aus der gesetzlichen Anerkennung des Konzerntypus.

II) Amtlicher Entwurf.

1) Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag des § 280, I E sind OVe.[6] Das Fehlen eines Hinweises auf einen Rechtsgrund und auf eine Gegenleistung, vor allem aber die unmittelbare generelle und abstrakte Änderung satzungsmäßiger Vorschrif-

---

3) vgl. oben § 4 II 1 c

4) so zu Recht Ballerstedt, DB 57, 840, Hueck, DB 59, 223ff; a.A. Erlinghagen, aaO, S. 116

5) Hueck, DB 59, 223ff mit Hinweis auf § 256, II; a.A. insbesondere Duden, BB 57, 49ff

6) so zu Recht Würdinger, Aktienrecht, S. 208, 210, AG 60, 112. Alte Forderungen Kronsteins (aaO, S. 38f), Frankenbergs (aaO, S. 128) und Kosts (aaO, S. 33), die schon de lege lata organisatorische Weisungsrechte für zulässig hielten, sind damit erfüllt. Beim Gewinnabführungsvertrag ist mit der Erkenntnis des formell verfassungsändernden Charakters zugleich klargestellt, daß es sich notwendig um einen UV handelt und es hierzu keines zusätzlichen Erfordernisses bedarf (bestehende oder bezweckte Unternehmensverbindung i.S. des § 16 E), so aber Rautmann, aaO, S. 176. Insgesamt ist zu bemerken, daß sich der Irrweg des ursprünglich schuldrechtlich verstandenen Weisungsvertrags im RefE (vgl. insbes. Würdinger, DB 58, 1447ff, Schmidt-Festschrift, S. 290) als fruchtbar erwiesen hat.

ten der Grundtypus-Gesellschaft (§§ 73, 54, 55, 57 E) führen zwingend zu dieser Auffassung, auch wenn die Schöpfer des Amtl. E sie dahingestellt sein lassen[7] und auch BALLERSTEDT neuerdings[8] die Verschiedenartigkeit von "Satzungsbestimmung" und Beherrschungsvertrag betont. Die j.P. überträgt formell verfassungsrechtlich ihre interne Leitungsmacht bzw. ihren Gewinn (also nicht den Unternehmensgewinn, obwohl dieser rechnerisch identisch ist). § 280, II sondert den schuldrechtlichen IGV zu Recht ab.

Der OrganschaftsV stellt sich somit de lege ferenda als OV dar. Dem E ist darin zuzustimmen, daß er keine notwendige Koppelung von Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag, mithin keinen "notwendigen OrganschaftsV", vorsieht, wie RASCH[9] befürwortete. Wer den Gewinn übernimmt, wird zwar i.d.R. auch Weisungen erteilen wollen, wer Weisungen erteilt, soll auch das Ergebnis tragen, insbesondere den Verlust. Die Verlustübernahme soll mit dem Beherrschungsvertrag aber auch notwendig verbunden sein, § 291 E. Die Möglichkeit zum Abschluß von nur einem der beiden Verträge sollte daher der Praxis ruhig offengelassen werden, da keine grundsätzlichen Bedenken entgegenstehen.

2) Die "anderen Unternehmensverträge" des § 281 E sind schuldrechtliche Verträge.[10] Als solche erforderten sie eine konkrete Aufschließung. Der E schließt das ausdrücklich aus, § 282, I, 4. Der Sache nach aber besteht eine auffallende Übereinstimmung mit der hier vertretenen Auffassung: es ist satzungsändernde Mehrheit erforderlich, § 282, I, 2, und es besteht Eintragungspflicht über Bestehen, Art und Partner des UVes, § 283, I, wobei die Eintragung konstitutiv wirkt, § 283, II. Das sind genau die Punkte, die wir als eintragungspflichtige Satzungsänderung in Form der konkreten Aufschließung forderten, und dem Verlangen nach Eintragung des tatsächlichen Vertragsschlusses (bzw. einer notwendigen Kopplung von Vertragsschluß und Satzungsänderung) ist ebenfalls genügt. Wenn der Amtl. E in § 283, I, 3 auf die im RefE § 270, IV noch vorgesehene Bekanntmachung des Wortlauts des Vertrags verzichtet, obwohl dieser der Anmeldung beigefügt werden muß, ermöglicht das die systematisch richtige Auslegung, daß der Wortlaut bei den Schuldverträgen nicht zum Inhalt der Eintragung gehört.[11] In dem Vorschlag des E sind somit lediglich Schuldvertrag und Satzungsänderung überlagert und zusammengefaßt.

---

7) s. die Begr. zu § 280

8) in Arndt, Konzentration, S. 900: der Beherrschungsvertrag habe eine Wirkung, die selbst eine Satzungsänderung nicht haben könnte.

9) BB 59, 165ff (beim Weisungsvertrag des RefE)

10) so auch die Begr. zu § 281 E, Würdinger, AG 60, 112

11) anders bei den OVen, vgl. unten § 12 I 2

Als Schuldvertrag ist auch der Teilgewinnabführungsvertrag zu verstehen. Das ist aus seiner Stellung in § 281 zu folgern und entspricht dem Willen der Schöpfer des E, die in der Begründung zu § 280 ausdrücklich betonen, der Teilgewinnabführungsvertrag unterscheide sich vom Gewinnabführungsvertrag des § 280 seinem Wesen nach grundlegend. Er betrifft somit den Unternehmensgewinn. Die Pflicht zur Eintragung der Höhe des abzuführenden Gewinns, § 283, I, 1, ist somit systematisch nicht zu begründen. Sie entspringt einem vernünftigen Gedanken zusätzlicher Publizität. Aus ihr folgern zu wollen, der Teilgewinnabführungsvertrag habe also doch organisationsvertraglichen Charakter, ist deshalb kaum möglich, weil nichts gehindert hätte, diese Auffassung durch Einreihung in § 280 klarzustellen. Denn die rechtsfolgenmäßige Gleichstellung mit den Verträgen des § 280, die der E vorsieht, wäre dadurch keineswegs beeinflußt worden, weil im gesamten Dritten Buch nie Rechtsfolgen uno actu für die "Verträge des § 280" (noch des § 281) statuiert werden, sondern stets für die jeweils einzeln aufgeführten Typen. Entscheidend gegen die Annahme eines OVes aber spricht, daß mit der Abführung des Gewinns eines einzelnen Betriebs notwendig (Teil-) Unternehmensgewinn gemeint ist. Dem entspricht die Bilanzierungsmethode, nach der dieser Betriebsgewinn bilanzmäßig gar nicht als (rechnerisch identischer) Gewinn der j.P. ausgewiesen und nicht als solcher abgeführt wird.[12] Dagegen könnte die andere Spielart des Teilgewinnabführungsvertrags ("Teil ihres Gewinnes") ebensogut Gewinn der j.P. betreffen, ja prima facie wird unter "ihrem" Gewinn derjenige der AG selbst verstanden. Danach läge ein unmittelbar formell verfassungsändernder Vertrag und somit nach unseren obigen Grundsätzen ein OV vor. Eine solche Zerlegung des Teilgewinnabführungsvertrags will der E jedoch offensichtlich vermeiden. Das widerspräche auch dem praktischen Gebot der Gleichbehandlung, das beachtet werden kann, da es systematisch möglich ist, auch bei der ersten Alternative den Unternehmensgewinn als erfaßt anzusehen.

3) Alle Unternehmensverträge nach Eingliederung (vgl. § 312, II E) könnten ohne weiteres als schuldrechtliche Verträge verstanden werden. Die in das Handelsregister der aufzunehmenden Gesellschaft einzutragende Eingliederung deckt sich weitgehend mit unserer sog. konkreten Drittöffnung, nur wirkt sie stärker und beinhaltet nicht nur eine Drittbereitschaft, sondern eine volle Drittzuordnung. Der Sache

---

12) Das läßt für die Bilanzfrage beim Gewinnabführungsvertrag erkennen, daß dort entgegen der herrschenden Praxis beim OrganschaftsV systematisch vorherige Ausweisung des vollen Gewinns als "Gewinn" bei der abh.Ges. erforderlich wäre, wenn auch infolge der entsprechenden Verpflichtung die Bilanz im Endergebnis zu Null abschlösse. Nicht die Bezeichnung "Gewinnabführung" ist ungenau, wie Silcher, Verh. des 42. DJT, Disk. F 112, meint, sondern die herrschende Bilanzierungsmethode.

nach handelt es sich trotz § 308, I, 2, um eine Satzungsänderung. Schuldvertraglicher (Unternehmens-) Gewinnzuordnung stände daher nichts im Wege. Ebenso sind andere Schuldverträge wie Pacht-, BÜ- und GFVe abschließbar.

Jedoch sind gemäß den obigen Ausführungen unmittelbar satzungsändernde abstrakte Verträge ohne Hinweise auf Kausalverhältnisse de lege ferenda als OVe aufzufassen. So läge es beim Gewinnabführungsvertrag nach Eingliederung. Systematisch richtiger erschiene es deshalb, ihn organisatorisch und als Konkretisierung der bereits satzungsmäßig erfolgten Strukturänderung zu verstehen. Damit würden satzungsändernde Mehrheit und Eintragung ins Handelsregister erforderlich. Doch kann wohl auch, entsprechend wie beim OrganschaftsV nach geltendem Recht, ein Kausalverhältnis hineingedeutet werden. Dann erhält die Regelung des § 312, II E ihre systematische Rechtfertigung. Zuzustimmen ist ihr dann auch darin, daß sie von der oben grundsätzlich geforderten Zustimmung der HV auch zum schuldrechtlichen UV selbst absieht, da diese hier nur formale Bedeutung hätte.

4) Die Beschränkung des Entwurfs auf den gegenseitigen schuldrechtlichen Vertrag.

Es fragt sich, ob mit der Beschränkung auf Gegenseitigkeit (Äquivalenz durch "angemessene Gegenleistung"[13]) bei den "anderen UVen" des § 281, I Z. 3 und 4 nur Gläubiger- und Minderheitsschutz bezweckt ist oder ob eine systematisch anzuerkennende Belassung beim Grundtypus der AG damit erreicht werden soll. Das letztere ist zu verneinen. Schon der offenkundig unsichere Bewertungsmaßstab für die "Angemessenheit" spricht dagegen, im übrigen kann hier auf frühere Ausführungen[14] verwiesen werden. Bereits normale gegenseitige Schuldverträge wie der PachtV bewirken eine Statusänderung und in der Praxis der Konzerneingliederung erfolgt die Umstellung auf den abhängigen Typus bei schuldrechtlicher Zuordnung in gleicher Weise wie bei organisatorischer. Die angemessene Gegenleistung ist vor allem dazu gedacht, der Substanzerhaltung zu dienen und für die außenstehenden Aktionäre die Grundlage eines annehmbaren Ausgleichs abzugeben. Der E verkennt denn die Relativität dieser Regelung auch nicht und stellt die Verträge der §§ 280 und 281 in den Voraussetzungen ihres Zustandekommens zu Recht gleich.

III) Das Ergebnis in Thesen.

1) Die UVe des geltenden Rechts sind Schuldverträge. Sie ordnen nur das Unternehmen zu. Sie stellen i.d.R. Verträge suorum generum dar und haben keine BGB-Typen als unmittelbares Vorbild.

2) Im kommenden Aktienrecht sind die UVe systematisch einheitlich weder dem Gesellschaftsrecht noch dem Schuldrecht zuzuordnen. Sie zerfallen in Organisations-

---

13) vgl. die Begr. zu § 281

14) s. oben § 6 II, insbes. 5

verträge mit Satzungscharakter (Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag) und Schuldverträge (andere Unternehmensverträge des § 281 E sowie Unternehmensverträge nach Eingliederung). Organisatorische Unternehmensverträge bewirken eine Unternehmenszuordnung durch Zuordnung der j.P.

3) Schuldrechtliche UVe bedürfen zu ihrer Gültigkeit de lege ferenda einer konkreten Aufschließung. De lege lata genügt eine abstrakte Aufschließung.

4) Unter konkreter Aufschließung ist eine Satzungsänderung zu verstehen, welche die j.P. zum Abschluß eines bestimmten schuldrechtlichen UVs mit einem bestimmten Partner ermächtigt, durch welchen sie abhängiges oder gleichberechtigtes Glied einer Konzernorganisation wird. Abstrakte Aufschließung bedeutet die schlichte satzungsmäßige Ermächtigung zum Abschluß von UVen.

IV) Anhang: Die systematische Einordnung des Dividendengarantievertrags.

Fast jeder UV, sei es ein OV oder ein schuldrechtlicher, enthält eine Dividendengarantie. Für den PachtV hat KLINGLER[15] überzeugend nachgewiesen, daß es sich hierbei nicht um einen echten Garantievertrag handle, auch nicht bei der Rentabilitätsgarantie, sondern um eine bestimmte Form des Entgelts. Ob das auch für den konzerninternen PachtV sowie sonstige konzerneingliedernde Schuldverträge und für OVe gilt, ist zweifelhaft. Das setzte zunächst einmal voraus, daß die Dividendengarantie in Form eines schuldrechtlichen Versprechens erfolgte. So faßt sie auch die ganz h.M.[16] auf, unbeschadet der Erkenntnis ihrer gesellschaftsrechtlichen Motivierung.[17] Richtig ist, daß letztere es nicht ausschließt, der Dividendengarantie Entgeltscharakter zuzusprechen. Als Schuldrechtsversprechen steht sie jedoch gegenüber der durch OV erfolgenden Eingliederung nicht in einem Leistungsaustauschverhältnis.[18] Dagegen wird man bei Eingliederung durch kausale Schuldverträge annehmen müssen, daß sie eine Gegenleistung i.S. der §§ 320ff BGB darstellt. Es wäre eine Fiktion, wollte man das, was der Vertragspartner auf Grund und in untrennbarem wirtschaftlichem Zusammenhang mit der schuldrechtlichen Leistung (Übertragung der Unternehmensherrschaft) ebenfalls schuldrechtlich zu erbringen verspricht, nicht als Gegenleistung i.S. des Gesetzes verstehen. Allerdings stellt die Dividendengarantie, wenn sie wie üblich nur für die Minderheitsaktionäre bestimmt ist, kein Äquivalent dar. Das beruht auf der gesellschaftsrechtlichen Kräfteverteilung. Mangelnde Äquivalenz hindert jedoch nach Wegfall der laesio enormis die Annahme eines wirksamen gegenseitigen Vertrages nur noch unter den Voraussetzungen des § 138, insbesondere Abs. 2, BGB. Hierfür wird re-

---

15) aaO, S. 126ff
16) vgl. Würdinger, Aktienrecht, S. 208
17) vgl. Mestmäcker, aaO, S. 301, BFH Gutachten BStBl 1957 III S. 139
18) Würdinger, aaO

gelmäßig kein Anhaltspunkt vorliegen, wobei zu beachten ist, daß das Mißverhältnis, das sich aus der Nichtberücksichtigung des Großaktionärs ergibt, für den Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit stets auszuscheiden hat. Denn eine Erstreckung der Zusage auf den Großaktionär (durch den Großaktionär) bedeutete eine - völlig unnötige - mittelbare Selbstbegünstigung, deren Fehlen begrifflich nie gegen § 138 verstoßen kann (ein sittenwidriges Geschäft setzt nicht nur formell, sondern auch materiell mindestens zwei Beteiligte voraus). Abzulehnen ist die Auffassung BAUERs,[19] der bei seiner Dreiteilung der Trustformen die Dividendengarantie in die dritte Gruppe der Gewinngemeinschaften und dort unter die partiarischen Verträge einreiht. Die Dividendengarantie wird dadurch aus ihrem inneren Zusammenhang mit der abhängigkeitsbegründenden Konzerneingliederung gelöst. Als Konzernverknüpfung erscheint isoliert die Tatsache, daß die h.P. einen Teil "ihres" Gewinns der abhängigen gewährt.

Die Untersuchung mag mit folgender Überlegung abgebrochen werden: es muß getrennt werden zwischen der in der Regel vorliegenden gesellschaftsrechtlichen Grundlage der Vorgänge und ihrer rechtlichen Durchführung in den herkömmlichen Formen des Schuldrechts bzw. in der Form des OVs. Dabei schiene es natürlich, Leistungsform und "Gegenleistungs-" (hier noch untechnisch) Form sich entsprechen zu lassen. Wird danach der Schuldvertrag zur Konzernierung benutzt, sollte man auch die Dividendengarantie schuldrechtlich auffassen. Das führte dann auch dazu, sie als (teilweise) Gegenleistung anzusehen. Entsprechend wäre zu erwägen, ob man nicht bei organisationsvertraglicher Unternehmenszuordnung entgegen der bisher allgemeinen Auffassung die Dividendengarantie organisatorisch verstehen sollte.[20] Einen Vorgang dazu würde die Vergütung beim Verschmelzungsvertrag bieten, die von WÜRDINGER[21] als organisatorischer Vertragsbestandteil aufgefaßt wird. Gegenseitigkeit i.S. der §§ 320ff BGB käme dabei nicht in Frage.

B. Die rechtlichen Folgerungen der systematischen Einordnung.

I) Für die schuldrechtlichen UVe gilt nichts Besonderes:
H. und abh.Ges. haften nach §§ 276, 278 BGB für die Erfüllung, d.h. es bestehen Erfüllungs-[22] und Schadensersatzansprüche; auch kann bei Zuwiderhandlung eine vereinbarte Vertragsstrafe geltend gemacht werden.

---

19) aaO, S. 252ff

20) Vielleicht müßte auch der richtig verstandene Gleichbehandlungsgrundsatz zu dieser Auffassung führen.

21) Aktienrecht, S. 279ff, vgl. oben § 3 B IV 2 a

22) Zweifelhaft könnte höchstens sein, ob der Vorstand, falls er die Ausführung einer Weisung verweigern sollte, im Vollstreckungswege, § 888 ZPO insbeson-

II) Erhebliche Unterschiede ergeben sich bei den organisatorischen UVen. Wir verweisen auf unsere Ausführungen oben § 3 B IV 3. Am schwersten wiegt die Verneinung schuldrechtlicher Erfüllungspflichten. Damit entfällt die Möglichkeit von Schadensersatzansprüchen und insbesondere das im Unternehmensvertragsrecht eingebürgerte Mittel der Vertragsstrafe. Der h.M. hat sich dieses Problem bisher nicht gestellt, weil ihr die organisationsvertragliche Auffassung fremd war. So heißt es in der Begründung zu § 298 E schlicht, eine Haftung des h. Unternehmens selbst sei nicht erforderlich, denn dieses hafte nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen auf Grund des Vertrages (gemeint ist offenbar ein schuldrechtlicher). Aber auch WÜRDINGER hat vom Standpunkt des OVes aus keine Erörterungen zur Erfüllungspflicht angestellt.

Es ist nicht zu verkennen, daß der Ausschluß von Erfüllungs- und damit von Schadensersatz-, Vertragsstrafen- und ähnlichen Ansprüchen bei organisatorischen UVen den Interessen beider Vertragspartner erheblich zuwiderläuft. Das h. Unternehmen kann keine unmittelbare Durchsetzung im Klagewege erzwingen, vor allem das praktisch höchst wirksame Mittel der Vertragsstrafe versagt; das abh. Unternehmen andererseits kann das h. Unternehmen nicht vertragsrechtlich zur Verantwortung ziehen, wenn vertragsfremde Eingriffe beispielsweise kraft personeller Verflechtung durchgesetzt werden können. Das legt den Gedanken nahe, nach einer schuldvertraglichen Erfüllungspflicht zu suchen. Wir werden im Folgenden versuchen, anhand einer Betrachtung des Normenvertrags (Tarifvertrags) Aufschlüsse über die Kopplung von Vertragstypen mit dem Schuldvertrag zu erhalten und prüfen, ob sich aus diesen Ergebnissen Folgerungen für den OV ableiten lassen.

---

dere, dazu angehalten werden könnte oder ob nicht parallel zur RG-Rspr. bei Stimmrechtsvereinbarungen (vgl. etwa RGZ 165, 78) eine Vollstreckung für unzulässig zu halten wäre als Eingriff in die interne Organisation. Nach unsrer Deutung dieser Rechtsprechung (vgl. unten § 6 Anm. 50) müßte beim Schuldvertrag nach Aufschließung (!) ebenso vollstreckt werden können wie beim OV.

Anhang

Die Ergänzung der organisationsvertraglichen Auffassung durch die Theorie der Doppelwirkung.

§ 10 Die Kopplung des Organisationsvertrags mit schuldrechtlichen Verhaltenspflichten.

I) Die Kopplung des Normenvertrags mit dem Schuldvertrag.

1) Der Vertragsdogmatik, nach der man die Funktionsgruppen der Verpflichtungs-, Verfügungs-, Organisations- und Normenverträge unterscheiden kann,[1] ist mindestens beim Normenvertrag eine Typenverbindung geläufig. Dabei interessiert hier nicht der schuldrechtliche Normenvertrag,[2] sondern der rechtsverbindliche. Musterfall ist heute der Tarifvertrag. Nach übereinstimmender Ansicht der Literatur[3] enthält er einen normativen und einen obligatorischen Teil. Das wird so verstanden, daß aus dem normativen Teil ohne weiteres auch schuldrechtliche Verpflichtungen der Tarifvertragsparteien hervorgehen, nämlich die Friedenspflicht und die Durchführungspflicht.[4] NIKISCH betont, daß sich äußerlich keinerlei Unterschied feststellen lasse, nur die Wirkungen seien teils normativ, teils schuldrechtlich. Die Bestimmungen des normativen Teils äußerten somit eine "Doppelwirkung". Einen einheitlichen Vertrag, janusköpfig nur in den Wirkungen, nehmen auch HUECK-NIPPERDEY und KASKEL-DERSCH an. Nur HUBER[5] meint, es liege ein Doppelvertrag vor. Dieser begriffsnotwendige obligatorische Teil des Tarifvertrags ist scharf zu unterscheiden von einem weiteren, fakultativen obligatorischen Teil, der einfach und einheitlich auch in den Wirkungen ist.[6] Er ist oft (mit) gemeint, wenn man vom schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrags spricht.

Was über die Doppelnatur des Tarifvertrags dargelegt wurde, gilt entsprechend für die Betriebsvereinbarung, sofern man sie mit HUECK-NIPPERDEY[7] und KASKEL-

---

1) vgl. oben § 3 B IV 1 a 2) vgl. Hueck, JJ 73, 33ff

3) Nikisch, Arbeitsrecht, II. Band, 2. Aufl. 1959, S. 210, Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, II. Band, 6. Aufl. 1957, S. 260, Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 1957, S. 48

4) Maus, TVG, 1956, § 1 Anm. 157ff anerkannt daneben noch eine - ebenfalls immanente - sog. Realisierungspflicht. Sie besteht darin, Maßnahmen, die eine Nichtrealisierung des Tarifvertrages bezwecken (z.B. Verhinderung des Abschlusses von Arbeitsverträgen überhaupt), zu unterlassen und ein solches Vorgehen der Mitglieder weder zu unterstützen noch zu dulden.

5) Wirtschaftsverwaltungsrecht, II. Band, S. 422

6) Nikisch, aaO, S. 210 7) aaO, S. 775ff

DERSCH[8] als Vertrag auffaßt und nicht der Satzungstheorie (HERSCHEL, FITTING-KRAEGELOH, GALPERIN) folgt.

2) Die nähere Charakterisierung der notwendigen obligatorischen Pflichten ergibt: Die Durchführungspflicht ist (positiv) die Pflicht, auf die tarifgemäße Erfüllung der Arbeitsverträge hinzuwirken, und (negativ) die Pflicht, alles zu unterlassen, was die tarifgemäße Erfüllung der Arbeitsverträge zu vereiteln oder zu gefährden geeignet ist.[9] HUECK[10] will sie allerdings im Gegensatz zu NIPPERDEY und NIKISCH (normativer und obligatorischer Teil) auf die Durchführung des normativen Teils beschränken. Auch die Friedenspflicht hat eine positive und eine negative Seite. Negativ beinhaltet sie die (relative) Pflicht zur Unterlassung aller jener Maßnahmen, die auf eine vorzeitige Beseitigung gerade dieses Tarifvertrags oder einzelner seiner Bestimmungen abzielen. Zugleich müssen die Tarifvertragspartner aber auch positiv darauf dringen, daß derartige Maßnahmen ihrer Mitglieder unterbleiben (Einwirkungspflicht).[11] Bei der Durchführungspflicht steht also die positive Seite, bei der Friedenspflicht mehr die negative Seite im Vordergrund. Das könnte zu der Meinung verführen, die Durchführungspflicht entspreche der normalen schuldrechtlichen Leistungs- und Erfüllungspflicht und die Friedenspflicht sei nichts anderes als die aus § 242 BGB abgeleitete allgemeine Pflicht, alles zu unterlassen, was den Obligationszweck gefährden könnte und alles zu tun, was sein Erreichen fördert. Letzteres hat denn auch NIPPERDEY[12] hinsichtlich der Friedenspflicht angenommen unter dem Hinweis, die besondere Hervorhebung dieser Pflicht im Arbeitsrecht als Hauptpflicht[13] rechtfertige sich aus den Besonderheiten des Arbeitslebens (Arbeitskampf, Umgehung). Eine allgemeine dogmatische Fundierung aus dem Schuldrecht läßt sich jedoch nicht geben. Der Normenvertrag ist vom schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft und dessen immanenter Erfüllungspflicht wesensverschieden. So konnte früher[14] durchaus die Ansicht vertreten werden, er erschöpfe sich in der Aufstellung der Normen, eine Durchführungspflicht aber bedürfe besonderer Vereinbarung. Daß heute allgemein eine Durchführungspflicht als immanente Vertragspflicht angesehen wird, ist ein Mehr

---

8) aaO, S. 105ff (108)

9) Hueck-Nipperdey, aaO, S. 250, ähnlich Nikisch, aaO, S. 338f. Sie ist, was hier weniger interessiert, jeweils Selbst- und Einwirkungspflicht.

10) bei Hueck-Nipperdey-Tophoven, TVG, 3. Aufl. 1955, § 1 Anm. 83

11) vgl. Hueck-Nipperdey, aaO, S. 233, Nikisch, aaO, S. 229

12) in Hueck-Nipperdey, aaO, S. 233 Anm. 7

13) obwohl sie sonst zu den Nebenpflichten (Schutzpflichten) gerechnet wird, vgl. Palandt, BGB, 18. Aufl. 1959, § 242 Anm. 4 b

14) vgl. die bei Hueck-Nipperdey, aaO, S. 249, 251 in Anm. 57 und 64 angegebene Literatur.

an Pflichten, das aus dem Sinn und Zweck des Tarifvertrags als arbeitsrechtlicher Friedensregelung unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Vertragstreue (§ 242) abgeleitet wird.[15] Die Durchführungspflicht ist damit von der schuldrechtlichen Erfüllungspflicht dogmatisch verschieden und entspricht höchstens teilweise der genannten bürgerlich-rechtlichen Neben- und Schutzpflicht aus § 242. Als völlig originär arbeitsrechtlich muß entgegen NIPPERDEY die Friedenspflicht angesehen werden. Ein normaler Schuldvertrag verbietet seinem Wesen nach gerade nicht, auf eine Abänderung zu dringen. Bei einem langfristigen Liefervertrag etwa kann jeder der Vertragspartner durchaus versuchen, unter Anwendung legaler Druckmittel zu günstigeren Bedingungen zu gelangen. Er verletzt damit nicht § 242. Dagegen verstieße gegen die Friedenspflicht, wer mit den sonst zulässigen arbeitsrechtlichen Kampfmitteln eine Tarifvertragsänderung vor Zeitablauf erreichen wollte.

II) Die Anwendung des Kopplungsgedankens auf den Organisationsvertrag.

1) Die grundsätzliche Möglichkeit der Verbindung.

OV und Tarifvertrag weisen zunächst äußerliche Unterschiede auf. Beim OV treffen, wenn ihn der Großaktionär abschließt, Gläubiger-/Schuldner-Stellung und Normunterworfenheit bei beiden Partnern zusammen. Beim Tarifvertrag ist dies nur beim Firmentarif der Fall, und nur auf einer Seite. Auf diese Abweichungen lassen sich jedoch noch keine durchgreifenden Bedenken stützen. Solche ergeben sich auch nicht daraus, daß der Nachweis mißlungen ist, die schuldrechtlichen Pflichten des Tarifvertrags seien dogmatisch aus dem allgemeinen Schuldrecht herzuleiten und die Durchführungspflicht entspreche unmittelbar der normalen schuldrechtlichen Leistungs- und Erfüllungspflicht. Denn unangetastet bleibt jedenfalls die unabdingbare Verbindung des Tarifvertrags mit echten schuldrechtlichen Pflichten. Die Parallele vom Tarifvertrag zum OV versagt nur in einem Punkt wirklich: der Tarifvertrag setzt, obwohl er ein privatrechtlicher Vertrag ist,[16] objektives Recht, dem staatlichen Recht gleichstehende Rechtsnormen. Der OV setzt zwar auch Normen. Aber sie gehören der Sphäre des Privatrechts an. Ob diese Wesensverschiedenheit[17] von Normenvertrag und OV letztlich einen unmittelbaren Analogieschluß verbietet, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls zeigt sich, daß

---

15) vgl. Hueck-Nipperdey, aaO, S. 251 Anm. 64

16) Hueck-Nipperdey, aaO, S. 256, h.L.; a.A. Nikisch, aaO, S. 218f: öffentlich-rechtlicher Normenvertrag und privatrechtlicher Verpflichtungsvertrag.

17) Auch die h.M., welche die Rechtsnormen des Tarifvertrages als "nicht-öffentliche" bezeichnet und betont, der Tarifvertrag regle nur private Rechtsverhältnisse (vgl. Ramm, JZ 62, 78ff und die von ihm gegeb. Zitate S. 79 Anm. 2), wird diese Wesensverschiedenheit nicht verneinen können.

der Rechtsordnung der Gedanke einer Kopplung unter den Vertragstypen der funktionalen Betrachtungsweise nicht grundsätzlich fremd ist. Mag eine Verbindung von Verpflichtungs- und Verfügungsvertrag prinzipiell ausgeschlossen sein,[18] eine solche von Verpflichtungs- und OV braucht es nicht, umsoweniger, als bereits im Gesellschaftsvertrag nach §§ 705ff BGB schuldrechtliche Verpflichtungs- und organisationsrechtliche Elemente zusammentreffen.[19] Schwierigkeiten in der Verfassung der Gesellschaft bestehen für eine auch schuldrechtliche Verpflichtung nicht, da der gleichzeitig abgeschlossene OV gegenüber der satzungsmäßigen Aufschließung ein Mehr darstellt, nämlich unmittelbare Zuordnung, nicht nur Zuordnungsbereitschaft.

2) Die beiden theoretisch möglichen Gestaltungen der Verbindung.

a) Erstens könnte im OV begriffsnotwendig wie beim Tarifvertrag eine schuldrechtliche Erfüllungspflicht liegen. Man könnte wie KASKEL-DERSCH[20] beim Tarifvertrag argumentieren: ein OV (DERSCH: Normenvertrag) ohne gleichzeitige schuldrechtliche Erfüllungspflicht seiner Partner sei zwar theoretisch, nicht aber praktisch denkbar. Der Hervorhebung einer besonderen Friedenspflicht bedürfte es dabei beim OV nicht. Man würde dann wohl einen einheitlichen Vertrag mit organisations- und schuldrechtlichen Doppelwirkungen annehmen.

b) Oder man könnte sagen: was soll die Vertragspartner hindern, wenn sie ein offenbares praktisches Bedürfnis auch nach schuldrechtlicher Verpflichtung haben, gleichzeitig und neben dem OV einen selbständigen schuldrechtlichen Vertrag abzuschliessen? Es lägen dann zwei selbständige Verträge vor. Im Zweifel wäre anzunehmen, daß ein äußerlich einheitlicher Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag nach § 280 E beide Teile enthielte.

3) Die Theorie der Doppelwirkung.

Die erstere Lösung scheint der in der Praxis einheitlichen Vertragsgestaltung eher gerecht zu werden (Theorie der Doppelwirkung). Sie entspricht den praktischen Bedürfnissen und dem rechtlichen Erklärungswillen der Vertragspartner, dem keine grundsätzliche Kopplungsabgeneigtheit im Wesen des OVs entgegensteht.

III) Die Folgen der Doppelwirkung.

1) Vertragsbindung steht neben Satzungsbindung. Alle Vertragsansprüche nebst Sicherungen (Vertragsstrafe) sind unmittelbar gegeben.

2) Da ein einheitlicher Vertrag vorliegt, sind die beiden Wirkungen untrennbar. Es gibt keine isolierte Anfechtung, Aufhebung, Kündigung, etc. Für die Beendigungs-

---

18) vgl. aber z.B. §§ 1041ff, 1133ff, 1215ff BGB, Westermann, Sachenrecht, 4. Aufl. 1960, § 1 II 3, Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearbeitung 1957, § 1 III

19) vgl. oben § 7 III 1

20) aaO, S. 49

sonderfälle (Anfechtung etc., s.o. § 3 B IV 3) gilt jedoch in Anlehnung an die oben (s. soeben) erarbeiteten Grundsätze, daß die schuldrechtlichen Wirkungen unmittelbar entfallen. Die abh. Ges. z.B. ist trotz der bis zur Eintragung der Beendigung fortbestehenden satzungsrechtlichen Zuordnung schuldrechtlich zur Verweigerung der Zuordnungsleistungen berechtigt. Weitergehend wird jedoch auch die organisatorische Regelung entkräftet. Denn die h.P. verstieße bei dieser Sachlage gegen Treu und Glauben, verlangte sie kraft der bis zur Eintragung befristeten Fortdauer des OVs etwas, was sie schuldrechtlich nicht mehr fordern kann. Auch eine Anfechtung aus einem zwischenzeitlichen HV-Beschluß, der die noch andauernde organisationsvertragliche Bindung mißachtet, wäre mit § 242 zurückzuweisen.

3) Dogmatisch gesehen ist der Schuldrechtsteil völlig unselbständig und steht zum organisatorischen Teil in einem reinen Parallelverhältnis. Durch ihn wird nur einerseits die organisatorische Zuordnung der abh. Ges. auch als schuldrechtliche Pflicht der Gesellschaft statuiert, andererseits die h.P. schuldrechtlich zur Einhaltung der im organisationsvertraglichen Teil vorgesehenen Grenzen der Zuordnung verpflichtet. D.h. es sind korrespondierende, auf denselben Erfolg (Zuordnung bestimmter Stärke) gerichtete Pflichten. Der Schuldrechtsteil stellt für sich allein keinen gegenseitigen Schuldvertrag dar. Damit ist klargestellt, daß die früher[21] vorgetragenen Ausführungen zur "causa" der OVe keiner Korrektur bedürfen. Ein Rechtsgrund für die Zuordnungsleistung der abh. Ges. darf in der unselbständigen schuldrechtlichen Verpflichtung nicht erblickt werden. In Frage kommt nur eine "causa der organisationsvertraglichen Zuweisung". Eine gleichzeitig vereinbarte "Gegenleistung", insbesondere eine Dividendengarantie, stellt ebenfalls keine Gegenleistung im Sinne der §§ 320ff BGB dar. Das gilt sowohl für eine i.S. der h.L. schuldrechtlich aufgefaßte Dividendengarantie als auch dann, wenn man sie organisatorisch verstehen sollte und erst nach der Theorie der Doppelwirkung zusätzlich auch schuldrechtlich. Ließe man die abh. Ges. den Vollzug von Weisungen gemäß § 320 verweigern, falls die h.P. mit Gegenleistungen in Rückstand kommt, träte genau wieder der früher so angegriffene Widerspruch zwischen Vertragsrecht und Satzungsrecht ein: die abh. j.P. wäre schuldrechtlich zur Verweigerung berechtigt, verletzte aber ihre Pflicht zur Einhaltung der Verfassung. Das zeigt, daß bei jeder organisationsvertraglichen Regelung die §§ 320ff unanwendbar sind. Es darf hier auch nicht wie bei den Beendigungssonderfällen auf den Grundgedanken der §§ 320ff, also auf § 242, zurückgegriffen werden. Die abh. Ges. hat statt dessen die Möglichkeit, bei Verweigerung der Gegenleistung den OV aus wichtigem Grund fristlos zu kündigen. Damit treten die soeben unter 2) entwickelten Rechtsfolgen ein, d.h. nunmehr ist die exceptio doli auch bei noch andauernder organisatorischer Regelung begründet. Die abh. Ges. erlangt auf diese Weise ausreichenden Schutz.

---

21) vgl. oben § 3 B IV 1 b aa

3. Teil

Zur Systematik der Unternehmensverträge de lege ferenda unter kritischer Würdigung des Amtlichen Entwurfs 1960/62 eines Aktiengesetzes.

§ 11 Definition, Einteilung und Ausgestaltung der Unternehmensverträge.

I) Bemerkungen zur Definition des Unternehmensvertrags.

Die §§ 280, 281 E verzichten auf eine allgemeine Begriffsbestimmung des UVs und legen kasuistisch fest, welche Vertragstypen als UVe zu gelten haben. In der Begründung zu § 280 E wird indes versucht, allgemeingültige Merkmale zu finden. Die Redaktoren stellen deren zwei auf: Abschluß zwischen Unternehmen und strukturändernde Wirkung. Beide Kriterien sind dahin eingeschränkt, daß sie "regelmäßig" gegeben sein sollen. Diese allgemeine Fassung hat uns bislang als Arbeitsgrundlage gedient. Sie bedarf jedoch der Präzisierung dahin, daß das Merkmal der Strukturänderung unverzichtbar ist und auch das erste (namengebende!) Kriterium insoweit für zwingend zu erklären ist, als bei Gleichordnungsverträgen auf beiden Seiten,[1] bei Unterordnungsverträgen auf Seiten des abh. Partners notwendig Unternehmen beteiligt sein müssen. Recht allgemein und selbst der Definition bedürftig ist das Merkmal der "Strukturänderung". In der Diskussion wird es meist i.S. einer Änderung der Verfassungsstruktur einer beteiligten j.P. verstanden; in erster Linie bedeutet es jedoch Änderung der Unternehmensstruktur bzw. des Typs der Unternehmensverfassung. Es ist zweckmäßig, die Unternehmensvertrags-Definition nicht mit dieser Problematik zu belasten. Dagegen kann die Erkenntnis verwertet werden, daß sich die Strukturänderung in allen Fällen der unternehmensvertraglichen Konzernbildung als Folge einer Unternehmenszuordnung bzw. -gleichordnung erweist.[2] Zu beachten bleibt stets, daß auch nichtkonzernierende UVe Strukturänderungen bewirken.[3] Damit läßt sich folgendermaßen definieren: "Ein Unternehmensvertrag ist jeder Vertrag, der regelmäßig zwischen Unternehmen abgeschlossen wird und eine Unternehmenszuordnung oder eine gleichordnende Unternehmensverbindung bewirkt oder sonst strukturändernden Charakter trägt".

Mit dieser Definition ist zugleich klargestellt, daß UVe nicht nur zwischen bereits abhängigen und herrschenden Unternehmen zulässig sind, wie FLUME[4] immer wieder forderte. In Übereinstimmung mit dem E genügt es, wenn durch den Vertragsschluß eine solche Verbindung bewirkt werden soll.[5] Im übrigen bildet die Einbe-

---

1) Der E schreibt dies in § 281, I Z. 1 nur für den Vertragspartner vor.
2) vgl. oben § 5 III 3) vgl. oben § 6 II 5 und unten § 11 II 3 a und c
4) Der RefE eines AktG, S. 30, DB 59, 190ff 5) Rautmann, aaO, S. 174

ziehung der strukturändernden Wirkung die Grundlage für die Forderung, daß UVe bei j.Pen zu ihrer Gültigkeit einer Satzungsänderung bedürfen oder dieses Erfordernis dadurch ersetzen müssen, daß sie selbst formell verfassungsändernden Charakter tragen.

Die Mängel, die auch dieser Definition anhaften, werden nicht übersehen. Sie liegen vielleicht weniger in der Tatsache, daß der mannigfach problematische Begriff des Unternehmens vorausgesetzt wird, als darin, daß das Wesen der Unternehmenszu- und gleichordnung nicht näher erläutert wird.[6] Mit diesem Verzicht hängt das Offenbleiben der auch praktisch wichtigen Frage zusammen, ab wann eine Unternehmenszuordnung, eine Strukturänderung, vorliegt. Anders ausgedrückt: für die Grenze des Aufschließungszwangs beim schuldrechtlichen UV, bzw. für den Umfang an Verfassungsregelungen, den ein OV treffen muß, um organisatorischer UV zu sein, ergibt die Definition nichts. Allein diese Abgrenzung scheint sich, wie unsere Ausführungen in § 8 II 4 gezeigt haben, auch kaum mittels exakter Kriterien vornehmen zu lassen. Selbst der Vorschlag des Ausschusses der Studienkommission des DJT[7] mußte sich auf allgemeine Formulierungen beschränken.

II) Die Einteilung der Unternehmensverträge.

1) Soweit UVe zwischen Unternehmen abgeschlossen werden, die nicht in Rechtsform der j.P. organisiert sind, handelt es sich stets um schuldrechtliche Verträge. Inwieweit dabei bei Personalgesellschaften der Vertragsschluß eine Änderung des Gesellschaftsvertrags beinhaltet, indem z.B. die h.P. als nunmehriger Mitgesellschafter anzusehen ist, soll dahingestellt bleiben.

2) Sind j.Pen beteiligt, können OVe oder schuldrechtliche Verträge vorliegen. Das gilt auch dann, wenn nur auf einer Seite eine j.P. Vertragspartner ist. Der UV darf jedoch auch in letzterem Fall nur systematisch einheitlich bewertet werden. Wie § 280 E zeigt, kann ein rechtlich nicht selbständig auftretendes Unternehmen ohne weiteres eine Vereinbarung eingehen, die durch ihren Einfluß auf die Verfassung des Gegners einen OV darstellt.

3) Bei den Schuldverträgen muß noch eine Unterteilung in konzerneingliedernde und nichtkonzernierende (konzernexterne, "schlichte") UVe vorgenommen werden.[8] Denn UVe desselben Typs ändern, je nachdem, ob mit oder ohne Absicht der Konzerneingliederung abgeschlossen, die Struktur der abh.Ges. unterschiedlich. Beim

---

6) vgl. dazu oben § 4 I und II

7) s. Bericht Ballerstedt 1955, S. 52; vgl. auch oben § 8 II 4 a dd

8) Zur Abgrenzung der schuldrechtlichen UVe zu sonstigen (schuldrechtlichen) Verträgen mit besonderen Bindungswirkungen vgl. schon oben § 1 B II 2 und § 8 II 4

konzernexternen PachtV etwa bleibt die j.P. außer der Übertragung der laufenden Unternehmensbewirtschaftung selbständig, schließt Substanzgefährdungen durch erhebliche Kontrolle aus und legt die Grundsatzunternehmenspolitik selbst mit dem Pächter zusammen fest. Beim konzerninternen PachtV dagegen haben die j.P. und ihre Verwaltungsorgane nur noch ein formales Dasein und unterzeichnen praktisch lediglich die Bilanz. Im einen Fall entsteht der Rententypus, im anderen der Konzerntypus.

a) Bei den nichtkonzernierenden UVen treten zur Zeit nur zwei Typen in den Gesichtskreis: die verrentenden UVe, Musterfall der konzernexterne PachtV, und die IG mit so schwacher Ausbildung der Gemeinschaftsverwaltung, daß von einem Konzern nicht gesprochen werden kann, insbesondere also die reine IG. Beide sind lediglich in der Gewinnverfassung abgewandelt. Eine Änderung der Verwaltungsverfassung ist auch beim konzernexternen PachtV nicht eingetreten. Lediglich in der Überlassung der laufenden Geschäftsführung an Dritte - ähnlich wie bei einem Verwaltungstreuhandvertrag - kann diese nicht erblickt werden. Somit kann man mit RAUTMANN[9] die Verpächterin noch als "Unternehmerin" ansehen, muß jedoch dann mit seiner weiteren Formulierung, daß sich das Unternehmen von einem werbenden zu einem verwaltenden gewandelt habe, vorsichtig sein und sollte keine Gegenstandsänderung annehmen.[10]

b) Zur Konzernierung sind im praktischen Ergebnis sämtliche schuldrechtliche UV-Typen geeignet. Das gilt auch für die Verträge des § 281 E.[11]

c) Beide Arten des UVs bedingen zwar satzungsmäßige Aufschließung in Form der konkreten Dritt- oder Gemeinschaftsöffnung. Denn Vertragspartner ist jeweils ein bestimmtes anderes Unternehmen. Für die verrentete Gesellschaft sind Person, Unternehmensgegenstand und Ertragslage des Dritten nur insoweit von Bedeutung, als neben der Gewähr für ordnungsmäßige Betriebsführung der Rentenanspruch gesichert erscheint. Entsprechend geht es bei der reinen IG nur um angemessene Risikovergemeinschaftung und ist der Partner nur unter diesem Blickpunkt ausgewählt. Beim Konzernvertrag dagegen will die abh.Ges. ihr Unternehmen voll zuordnen, ihre eigene Gesellschafts- und Unternehmensorganisation in diejenige der h.P. einbauen. Ruf, Branche und Finanzkraft der Obergesellschaft sind daher von unmittelbarer Erheblichkeit für die Entscheidung der zuordnenden Gesellschaft.[12] Entsprechend verhält es sich beim vertraglichen Gleichordnungskonzern. Weitere Differenzierungen ergeben sich hinsichtlich des Charakters der Aufschließung und des

---

9) aaO, S. 179; so auch RFH 47, 66 10) A.A. Rautmann, aaO

11) so auch Flume, Frankfurter Publizitätsgespräch, S. 72f

12) Vom systematischen Zufall (!) der Identität Großaktionär - UV-Partner soll hier gerade abgesehen werden.

Inhalts der Zuordnung. Der OV ordnet die j.P. formell und materiell zu (und damit ihr Unternehmen). Der schuldrechtliche Konzernvertrag ordnet das Unternehmen zu und damit materiell die j.P. (unter Aufrechterhaltung von deren formeller Selbständigkeit). "Drittöffung", "Drittbereitschaft", "Zuordnungsbereitschaft" der j.P. durch die erforderliche satzungsmäßige Aufschließung bezieht sich also nicht nur auf die Bereitschaft der j.P., ihr Unternehmen zuzuordnen, sondern, dadurch vermittelt, auch auf ihre eigene materielle Zuordnung. Beim Rententypus dagegen liegt weder eine formelle noch eine materielle Zuordnung der j.P. vor. Es handelt sich im Grunde nicht um eine Unternehmens-, sondern nur um eine Betriebszuordnung. Die Aufschließung begründet keine echte Drittöffnung, sondern zeigt einen sozusagen internen Typenwechsel an. Eine Nennung des UV-Partners könnte streng systematisch nicht gefordert werden. Insoweit bedürfen die Ausführungen oben § 8 II 2 und 3, soweit ihnen eine Gültigkeit allgemein und nicht nur im Konzernbereich zugesprochen wurde, der Korrektur.

d) Eine Konzerneingliederung wird sich zuweilen nur schwer feststellen lassen, doch wird sie im Zweifel angenommen werden müssen, da reine Verrentungsverträge oder reine IGen erheblich seltener sind. Das läßt es gerechtfertigt erscheinen, im Interesse einer einfachen Praxis bei der Form der Satzungsänderung keinen Unterschied zu machen. Danach ist bei den anderen strukturändernden UVen in die Satzung ebenfalls eine Bestimmung über Art und Partner aufzunehmen. Die systematisch nicht erforderliche Angabe des Partners rechtfertigt sich auch deshalb praktisch, weil seine Verhältnisse auch bei diesen Verträgen für die Publizitätsempfänger von wesentlichem Interesse sind. Zudem wird damit der Forderung genügt, in der Grundsatzung keine abstrakten und mangels Erkennbarkeit des Vollzugs völlig nichtssagenden Ermächtigungsbestimmungen aufzustellen.

III) Die Ausgestaltung der Unternehmensverträge.

1) Für die schuldrechtlichen UVe gilt nichts Besonderes. Die Vertragspraxis hat längst von den gesetzlichen Typen des BGB abweichende Modelle entwickelt. Zwingende Schranken für Einflußrechte und Vermögenszuordnung werden kaum bestehen.[13]

2) Bei den OVen handelt es sich um Neuland:

a) Die OVe des Amtl.E stellen auf den ersten Blick Vertragstypen unelastischen Charakters dar, gedacht für volle Herrschafts- oder Gewinnübertragung. Hierfür scheinen auch die scharfen Folgen der §§ 289ff E zu sprechen. Doch zeigt § 297, I E, ("Bestimmt der Vertrag nichts anderes ..."), daß ein Beherrschungsvertrag durchaus gewisse Weisungen ausklammern kann. Zwar könnte § 297 so verstanden werden, daß nur der Gesellschaft nachteilige Weisungen ausgeschlossen werden können,

---

13) vgl. oben § 6 II

im übrigen aber keine Begrenzung der Weisungsrechte (etwa auf bestimmte Gebiete oder bestimmte wesentliche Betriebe) vorgesehen ist. Die Begründung zu § 297 zeigt jedoch, daß auch grundsätzlich eine Weisungseinengung für zulässig gehalten wird. Dieser Regelung ist voll zuzustimmen. Die Konzernabhängigkeit ist so breit gestuft, daß eine gewisse inhaltliche Ausgestaltungsfreiheit für den Beherrschungsvertrag unerläßlich ist.[14] Die Schranken dieser Organisationsfreiheit und damit den Rahmen des OVes hat der Gesetzgeber zu bestimmen, wie er das bei der Satzung mit dem Ober- und Untergrenzen setzenden Normativbestimmungssystem und beim Verschmelzungsvertrag getan hat.[15] RASCHs berechtigte These 2 in seinem Gutachten auf dem 42. DJT,[16] auch das Konzernrecht habe sich in die Wirtschaftsverfassung einer marktwirtschaftlichen Ordnung einzufügen, muß sich auch hier auswirken i. S. einer privaten Gestaltungsfreiheit, die im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung grundsätzlich möglichst weit zu ziehen ist. Organisationsformen, die der Wirtschaft zur Verfügung gestellt werden, sollen nicht ohne Notwendigkeit eingeschränkt werden. Abstufungen sollten nicht nur auf dem Weg schuldvertraglicher, sondern auch organisatorischer Eingliederung möglich sein. Wie beim Verschmelzungsvertrag die Partner den Umfang des übergehenden Vermögens bestimmen können, muß, u. U. in ausführlicher Detailregelung, beim Beherrschungsvertrag der Grad der Herrschaftsübertragung ihnen überlassen bleiben. Der gesetzliche Rahmen ist dabei klar: unbeschränkte Übertragung bis zu dem Punkt, wo noch von Beherrschung gesprochen werden kann. Am Eintritt der gesetzlichen Schutzvorschriften, §§ 289ff E, ändert sich nichts. Zur Klarstellung der Abstufungsmöglichkeit empfiehlt sich ein ausdrücklicher Hinweis in der Begründung zu § 280 E; eine Wortlautänderung in der Vorschrift selbst ist entbehrlich.

Beim Gewinnabführungsvertrag will der Gesetzgeber nicht wie bei der Weisungsunterstellung den organisatorischen und schuldvertraglichen Weg zulassen, sondern bei voller Abführung den ersteren, bei Teilabführung den letzteren, § 281, I Z. 2 E.[17] Richtig ist, daß beide Wege für alle Modalitäten hier unnötig sind, da sich Unternehmensgewinn und Gewinn der j. P. bilanzmäßig decken. Erwägenswert wäre, ob nicht entsprechend dem möglicherweise minderen Zuordnungsgehalt bei Beherrschungsverträgen auch Gewinnabführungen von über 75 % (oder ähnliche) in den Gewinnabführungsvertrag nach § 280 einbezogen werden und erst darunter liegende Abführungen auf schuldrechtlichem Wege vorgenommen werden sollten. Gegen eine Variationsbreite auch beim Gewinnabführungsvertrag spricht jedoch, daß die

---

14) Das wurde auch in der Diskussion zum RefE immer wieder betont unter der Forderung, starre Schematas (wie Erfolgshaftung oder Weisungsvertragszwang) zu vermeiden. Vgl. Schmidt, AG 60, 30.

15) so zu Recht Würdinger, Aktienrecht, S. 208, 280

16) Verh. des 42. DJT, Band I, 3. Teil, S. 52

17) vgl. oben § 6 II 5

zweite Alternative des Teilgewinnabführungsvertrags (Betriebsgewinn) notwendig den Unternehmensgewinn erfaßt und einen Schuldvertrag darstellt. Hier eine Umdeutung in Gewinn der j.P. vorzunehmen, wäre konstruiert und die erforderliche prozentuale Festlegung bereitete erhebliche Schwierigkeiten.[18] Andernfalls aber wäre die jetzt einheitliche Teilgewinnabführung in drei Teile zerlegt, die erste Alternative in einen organisatorischen und schuldrechtlichen Teil je nach Höhe der Abführung, die zweite in einen schuldrechtlichen ungeachtet der Höhe. Es ist daher vorzuziehen, die Teilgewinnabführung i.S. des E voll schuldrechtlich erfolgen zu lassen. In der Praxis wird ohnehin i.d.R. nur Vollgewinnabführung oder Betriebsgewinnabführung eine Rolle spielen, die dann jeweils einheitlich geregelt sind.[19]

b) Daß der Entwurf andere OVe, insbesondere auch solche über Bestellung von Organen, nicht ausdrücklich vorsieht, scheint kein Mangel.[20] Zur Beeinflussung der Organzusammensetzung etwa genügt der Konzernpraxis zumeist die normale Stimmrechtsausübung; der Konsortialweg ist eingespielt. Zudem ist auch heute noch möglich die Konstruktion über die Organbestellung als Last des UVes, d.h. als Wirksamkeitsbedingung,[21] wobei eine Eintragung vor Wirksamwerden (Bedingungseintritt) ausgeschlossen ist. Im übrigen aber gibt der Entwurf einer organisationsvertragsfreundlichen Auslegung freie Hand. Denn wenn auch in Zukunft vielleicht aus der Regelung des § 280 E geschlossen werden muß, daß hinsichtlich einer Unternehmensverbindung weitere OVe nicht zulässig sind (zwingend erscheint das nicht), so kann doch gefolgert werden, daß der OV als neuer Typus grundsätzlich allgemein anerkannt ist. Aus dem umstrittenen Sonderfall des Verschmelzungsvertrags war diese Folgerung de lege lata nicht zu ziehen. Damit wird es möglich, eine Reihe bisher vorgekommener Verträge mit unmittelbar formell verfassungsänderndem Inhalt

---

18) Wie das bei der Eintragung nach § 283 geschehen soll, wird, der schweigenden Begr. nach zu schließen, der Praxis überlassen bleiben.

19) Anhangsweise sei hier bemerkt, daß weder de lege lata noch de lege ferenda bei einer satzungsmäßig als verwaltungstreuhänderische Betriebsführungsgesellschaft ausgewiesenen Untergesellschaft der Gewinn kraft eines Treuhandverhältnisses unmittelbar der Obergesellschaft zustehen kann, wie Schultze-Schlutius, aaO, S. 100 meint. Ob steuerrechtlich die Ergebnisausschlußvereinbarung durch die Treuhand ersetzbar ist (aaO, S. 55), mag dahingestellt bleiben; aktienrechtlich steht die Verfassung einer derartigen unmittelbaren Gewinnüberführung entgegen. Es ist stets ein Gewinnabführungsvertrag erforderlich oder eine entsprechende Satzungsänderung.

20) Der von Würdinger, Schmidt-Festschrift, S. 292f, als weiterer zu fordernder OV herausgestellte "Substanzkopplungsvertrag", der der Konzernspitze freie Verfügungsmacht über das Gesamtvermögen der Konzernmitglieder einräumen soll, fällt unter den Beherrschungsvertrag. 21) vgl. Kost, aaO, S. 17ff

künftig als OVe aufzufassen und sie den Anforderungen an eine Satzungsänderung zu unterstellen. Dem steht auch nicht entgegen, daß der OV richtiger Ansicht nach seine Schranke im Gesetz findet. Es wäre zu weitgehend, daraus zu folgern, jeder neue OV bedürfte gesetzlicher Einzelzulassung und Umschreibung. Die Gesetzesschranke kann nur dahin verstanden werden, daß jeder OV die auch für Satzungsänderungen zwingenden Gesetzesschranken (bei Organbestellung etwa) und ein eventueller weiterer organisatorischer UV die Schranken des § 280 einzuhalten hat. Im übrigen aber sollte es nach Inkrafttreten des Entwurfs zugelassen werden, zulässige Satzungsänderungen generell auch durch OV durchzuführen. Eine Reihe herkömmlicher Verträge könnten auf diese Weise künftig als OVe verstanden werden:

aa) So etwa der Arbeitsgebietsregelungsvertrag (Produktionsgebietsaufteilungsvertrag).[22] Vereinbarungen dieser Art sind recht häufig. Bei der Begründung des Siemenskonzerns zwischen Siemens u. Halske und Schuckert (Muttergesellschaften) und der Siemens-Schuckert-GmbH, später -AG (Tochtergesellschaft) wurde z.B. genau vertraglich festgelegt, was die einzelnen Firmen bearbeiten bzw. verwalten mußten und durften. U.a. durfte Siemens-Schuckert nur fabrizieren, keinesfalls finanzieren.[23] Oder in derartigen Elektrokonzernen wird das Stark- und Schwachstromgebiet vertraglich neu verteilt. Sofern es sich um Absprachen geringeren Umfangs handelt, insbesondere um die Produktion einzelner Gegenstände, wie sie vor allem in der chemischen Industrie die Regel sind, oder um Sortenprogrammspezialisierung, fallen sie natürlich in die Verwaltungskompetenz des Vorstands. Betrifft die Vereinbarung aber größere zusammenhängende Gebiete, wird z.B. ein Starkstromunternehmen auf Schwachstrom umkonstruiert oder von beiden Gebieten auf eines beschränkt, liegt eine organisationsvertragliche Gegenstandsänderung vor. Es ist ersichtlich, daß die Grenzziehung zum OV bei dieser Auffassung davon abhängt, wie allgemein oder wie exakt der Gegenstand des Unternehmens überhaupt in der Satzung umschrieben ist. Eine gewisse Straffung in der Praxis, die dem Sinn der Gegenstandsbestimmung[24] eher gerecht würde, gäbe auch dem OV weiteren Anwendungsbereich.

Die gesellschaftsrechtliche Würdigung dieser Spezialisierungsverträge, denen mindestens heute meist echte Rationalisierungsabsicht und nicht bloße Wettbewerbsbeschränkungs- und Monopolbildungsmotive zugrunde liegen, ist dabei von der kartellrechtlichen völlig unabhängig. Der Zugriff des GWB (vgl. § 5, II) setzt naturgemäß weit vor der Grenze einer satzungsmäßigen Gegenstandsänderung ein.[25]

---

22) vgl. Haußmann, Tochtergesellschaft, S. 56f

23) vgl. Enquête-Ausschuß I 3/1, Vernehmungen, S. 410 24) vgl. oben § 8 II 5 b

25) vgl. Rasch, Wettbewerbsbeschränkungen, Komm. zum GWB, 1957, § 5 Anm. 5, Müller-Henneberg-Schwartz, Komm. zum GWB, 1958, § 5 Anm. 13ff (Schwieder), Müller-Gries, Komm. zum GWB, 1958, § 5 Anm. 6ff, sowie oben § 1 B II 2 c

bb) Vertragliche Gewinnausschüttungsbeschränkungen, wie sie in RGZ 83, 377 vereinbart wurden, stellen ebenfalls OVe dar. In der gen. Entscheidung hatte sich eine Düngeabfuhr-AG der Stadt gegenüber vertraglich verpflichtet, mehr als 6 % Dividende nur mit deren Zustimmung zu verteilen. Sofern der Zweck derartiger Verträge ist, der Gesellschaft infolge geringer Gewinnausschüttung die Selbstfinanzierung zu ermöglichen, könnte man von "Verträgen mit Verfassungswandlung zur Selbstfinanzierungsgesellschaft" sprechen,

cc) Schließlich sind eine Fülle organisationsvertraglicher Einzelregelungen denkbar.[26] Immer muß es sich um unmittelbar verfassungsändernde Vereinbarungen handeln. Solche OVe wären z.B. auch die früher häufiger vorgekommenen Verträge mit der j.P. über Organbestellungen,[27] die aber nach AktG und E heute unzulässig sind. Stellen derartige Absprachen rahmeneinhaltende Ausfüllungen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags dar,[28] könnte erwogen werden, sie in die Zuständigkeit des Vorstands fallen zu lassen, Formfreiheit zu bejahen und sie von der Anmeldung zum Handelsregister freizustellen. Diese Sonderbehandlung würde jedoch aller Wahrscheinlichkeit nach zu Mißbräuchen führen. Die entscheidenden Präzisierungen würden vermutlich in nicht publizitätspflichtigen Ausführungsverträgen stehen. Dieselben Gründe, die uns bewogen haben, entsprechend der Regelung von § 256 AktG bei schuldrechtlichen UVen auch nach satzungsmäßiger Aufschließung noch die Zustimmung der HV zum Vertrag selbst zu verlangen, treffen auch hier zu. Denn erst der Schuldvertrag dort, der Ausführungsvertrag hier, bestimmen exakt den Zuordnungsumfang. Allerdings ist nicht zweifelsfrei, ob ein derartiger Ausführungsvertrag, sofern er nicht offensichtlich unmittelbar organisatorische Regelungen betrifft, einen OV oder nicht vielmehr einen schuldrechtlichen Vertrag darstellt. Ein solcher wäre zulässig, da der bereits bestehende organisatorische UV sogar ein Mehr gegenüber der satzungsmäßigen Aufschließung beinhaltet. Damit entfiele zwar nicht die Zuständigkeit der HV, wohl aber die Publi-

---

26) So wären z.B. gewisse Verpflichtungen im gemeinsamen Entwurf eines OrganschaftsVes durch die Deutsche Kohlenbergbauleitung und die Stahltreuhändervereinigung (vgl. Erlinghagen, aaO, Anlage B VII), falls sie isoliert getroffen würden, OVe. Das gilt etwa von § 2, 2 (Obergesellschaftsentscheidungen und -anweisungen hat Untergesellschaft stets ihrem AR vorzulegen), § 3 (Jahresabschluß ist vor Feststellung mit der Obergesellschaft zu behandeln) und § 6 (Bindung von Rechtsgeschäften über Beteiligungen an der Obergesellschaft an Zustimmung des AR von Ober- und Untergesellschaft).

27) vgl. § 1 Krupp-Gruson (Rosendorff, aaO, Anm. Nr. 1) oder IG Dresdner Bank-A. Schaafhausenscher Bankverein (Friedländer, IG, Anh. II)

28) vgl. die Vertragsbeispiele bei Erlinghagen, aaO, Anlage B I - VII und Anm. 25 oben

zität. Auf eine Vertiefung dieser Fragen soll hier verzichtet werden, um die Erörterungen de lege ferenda nicht zu überspitzen.

c) Es wird nicht übersehen, daß bei dieser organisationsvertrags-freundlichen Auffassung das auch im Amtl. E wesentlich auf Satzungsänderungen im herkömmlichen internen Beschlußverfahren abgestellte System des Aktienrechts erheblich beeinflußt wird. Immerhin bietet sich eine breitere dogmatische Ausgangsbasis als im geltenden Recht. Auch beinhaltet diese zusätzliche Möglichkeit der Verfassungsänderung im Vertragswege keine Systemwidrigkeit. Denn sie erfordert genau wie die Satzungsänderung einen Zustimmungsbeschluß der HV mit qualifizierter Mehrheit und die Eintragung ins Handelsregister. Auf die größere Lebensnähe wurde schon früher[29] hingewiesen.

---

29) vgl. oben § 3 B IV 2 b bb

§ 12 Auswirkungen der neuen Systematik.

I) Die Publizität der Unternehmensverträge.

1) OVe unterliegen als Ganzes der Eintragungspflicht ins Handelsregister, Schuldverträge überhaupt nicht. Wenn der E davon absieht, den ganzen Wortlaut eines OVes mit seinen möglicherweise sehr detaillierten Bestimmungen einzutragen, sich auf eine Art gesetzlichen Mindestinhalt beschränkt und im übrigen den Vertrag nur als Anlage hinzuzufügen heißt, § 283, ist dem aus praktischen Gründen voll zuzustimmen. Doch muß klargestellt sein, daß der volle Vertragswortlaut als Bestandteil des Handelsregisters gilt und dem Einsichtsrecht unterliegt.

2) Hinsichtlich der Schuldverträge des § 281 E ist die Publizität im E, jedenfalls systematisch gesehen, überspannt. Ins Handelsregister einzutragen ist die konkrete Aufschließung, die in Form einer herkömmlichen Satzungsänderung vorzunehmen ist. Diese Eintragung deckt sich inhaltlich genau mit der in § 283 vorgeschriebenen (Bestehen, Art und Partner des UVes). Eine Hinzufügung des Vertragswortlauts auch nur als Anlage und gar wie bei den OVen i.S. eines echten Eintragungsbestandteils ist systematisch nicht zu rechtfertigen. Aber auch praktisch bestehen erhebliche Zweifel, ob eine Vielzahl, die beiderseitigen Geschäftsbeziehungen teilweise sehr ins Einzelne regelnden Ausführungsbestimmungen von den berechtigten Interessen der Unternehmen her publizitätsgeeignet und vom Interesse der Öffentlichkeit her publizitätsbedürftig sind. Wenn der Gesetzgeber bei Kreditverträgen, langfristigen Lieferverträgen und ähnlichen einflußbegründenden Verträgen zu Recht keine Veröffentlichungspflicht für notwendig, ja zulässig hält (Art. 2, 19, II und III GG!), ist nicht einzusehen, weshalb sie für diese nach Aufschließung wieder "typenadäquaten" Schuldverträge gefordert werden soll. Mit dem Wissen um Bestehen, Art und Partner des Vertrages ist der Unterrichtungsfunktion genügend gedient. Der Fall liegt hier anders als für die Aktionare bei der Frage der Zustimmung zum schuldrechtlichen UV auch nach erfolgter Aufschließung (oben § 8 III 1). Sollte § 283 E Gesetz werden, ist eine differenzierende Auslegung der Art angebracht, daß die Pflicht, auch Schuldverträge als Anlage beizufügen, nicht als Ausfluß einer Eintragungspflicht des Wortlauts verstanden wird, sondern lediglich dem Registerrichter als Kontroll- und Prüfungsgrundlage dient, ob nicht in Wahrheit ein OV, insbesondere ein Beherrschungsvertrag bezweckt ist. Nur im letzteren Falle ist ein Einsichtsrecht der Öffentlichkeit anzuerkennen. Sollte der Gesetzgeber jedoch darauf bestehen, auch bei den Schuldverträgen den vollen Wortlaut als Eintragungsbestandteil aufzufassen, so kann dies systematisch lediglich als zusätzliche Publizität verstanden werden.

II) Art und Grenzen der Organbindung bei Unternehmensverträgen mit Weisungsbefugnis.

Bei Schuldverträgen besteht eine mittelbare Organbindung (über die j.P.), bei OVen eine unmittelbare gegenüber der h.P.[1] (§ 297, II E), nach der Theorie der Doppelwirkung auch zusätzlich eine mittelbare. Die durch Einzelweisung konkretisierte Weisungsbefolgungspflicht stellt bei Schuldverträgen eine von den Organen einzuhaltende Vertragspflicht der j.P. dar. Beim Beherrschungsvertrag besteht eine Satzungspflicht der Organe und gleichzeitig eine Vertragspflicht der j.P. Die Schranken der Weisungsbindung werden herkömmlich in Gesetz, Satzung, Vertrag selbst und guten Sitten gesehen.[2] Hier ist jedoch teilweise eine Unterscheidung nach der Art der UVe erforderlich.

Eine sittenwidrige Weisung braucht zwar nie befolgt zu werden. Ebenso können die Partner die Weisungserteilung vertraglich selbst einschränken. Mit der Schranke in Gesetz und Satzung ist bei Schuldverträgen jedoch nichts anderes als die Verfassungsschranke der Grundtypus-Gesellschaft gemeint. Sie entfällt bei der satzungsmäßig aufgeschlossenen Gesellschaft. Der typenadäquate Schuldvertrag findet seine Begrenzung nur noch im jeweiligen Kausalverhältnis (wobei man auch noch von einer Gesetzesschranke sprechen kann, die allerdings durch die Vertragsfreiheit praktisch hinfällig ist).[3] Anders beim OV: die Satzung bereitet ihm als verfassungsergänzendem Vertrag kein Hindernis, das Gesetz jedoch insoweit, als es zwingende Verfassungsprinzipien aufstellt und ihm den Rahmen seiner verfassungsändernden Leitungsmachtübertragung bestimmt. Im Amtl.E, § 297, ist diese Grenze beim Beherrschungsvertrag dahin gezogen, daß nachteilige Weisungen zwar zulässig sind, aber das Konzerninteresse wahren müssen.[4] Im übrigen hat die verschiedenartige Durchsetzung von Gläubiger- und Minderheitsschutz im E Differenzierungen in der Schrankenziehung bedingt. So soll nach der Konzeption des E bei den Schuldverträgen der Schutz durch eine kontrollierte Beschränkung auf den gegenseitigen Vertrag durchgeführt werden. Gesetzliches Nachteilsverbot des § 300 und Prinzip der angemessenen Gegenleistung nach § 281 dienen der Gewährlei-

---

1) vgl. Frankenberg, aaO, S. 82, Würdinger, Aktienrecht, S. 199, 204, 207. Unmittelbare Organbindung liegt auch dann vor, wenn satzungsgemäß die Geschäftstätigkeit der abh.Ges. auf den Dienst zugunsten der h.P. ausgerichtet ist. Würdingers (aaO) Formulierung, bei schuldrechtlichen Verträgen werde die interne Stellung der Gesellschaftsorgane nicht berührt, sondern die Folgepflicht obliege allein der j.P., erscheint überspitzt. Eben die Verpflichtung letzterer bindet - mittelbar - auch die Organe.

2) Frankenberg, aaO, S. 91, Kost, aaO, S. 31f

3) Würdinger, Aktienrecht, S. 199

4) Kronstein, aaO, S. 38f, wollte des Schutzes wegen bei organisatorischer Weisungsabhängigkeit noch die Grenze der Kapitalintegrität der j.P. ziehen, d.h. nachteilige Weisungen verbieten.

stung.[5] Wäre wie bei den OVen ein selbständiger, an den Tatbestand der konkreten Aufschließung anknüpfender Schutz vorgesehen worden, hätten nachteilige, in die Substanz eingreifende Weisungen nicht verhindert zu werden brauchen. So aber ist eine den Rahmen der schuldrechtlichen GFVe einengende selbständige Gesetzesschranke erforderlich, durch die die Abdingbarkeit des § 670 BGB beseitigt wird. Anzufügen ist, daß auch die Schranke der Sittenwidrigkeit von dieser unterschiedlichen Regelung des Schutzes abhängig ist. Sie wird beim Beherrschungsvertrag mit verselbständigtem Schutz eine geringere Rolle spielen als beim GFV mit gekoppeltem Schutz.

Recht glücklich erscheint die Regelung von § 297, II, 2 E, die, anders als die früher übliche Meinung,[6] die Beurteilung des Konzerninteresses an einer Weisung mit der aus Abs. 1 gebotenen Einschränkung der Konzernspitze überläßt. Zweifelhaft ist, ob angesichts der st. Rsprechung, welche die Vollstreckbarkeit schuldrechtlicher Ansprüche aus Stimmrechtsvereinbarungen ablehnt, die Klage auf Erfüllung einer Weisung bis ins Stadium der Zwangsvollstreckung gelangen wird.

III) Die verfassungsrechtliche Stellung des Dritten nach Einbeziehung durch organisatorischen Unternehmensvertrag.

KRONSTEIN[7] und FRANKENBERG[8] nahmen an, durch die Begründung (organisatorischer) Organschaftsrechte für die h.P. werde diese Organ der abhängigen. Mögen bei KRONSTEIN praktische Erwägungen mit eine Rolle gespielt haben (Folge der Haftung der h.P.), bei FRANKENBERG ist es die These, durch die Statuten könnten keine Rechte auf einen außerhalb der Gesellschaft stehenden Dritten übertragen werden, der Dritte müsse daher Organ sein oder durch den Rechtsübergang werden. KOST[9] hält KRONSTEINSs Auffassung für eine Verkennung des Organbegriffs. Ein Organ sei ein Teil eines Organismus, der selbständige Funktionen ausübe, vom Ganzen losgelöst aber nicht in der Lage sei, ein Eigenleben zu führen. Das treffe auf eine h.Ges. nicht zu. Nun ist dies richtig, doch übersieht KOST, daß man bei der h.P. eine Aufspaltung in eine Organfunktion und eine Eigenfunktion annehmen könnte.

Die Organauffassung ist jedoch, abgesehen davon, daß sie keine praktischen Vorteile mehr brächte, nicht zu halten. FRANKENBERG hat seine These in keiner Weise begründet. Weshalb aus dem Wesen der Satzung gefolgert werden müßte,

---

5) Die angemessene Gegenleistung hat auch für den Gläubigerschutz Bedeutung. Rasch, aaO, S. 181, widerlegt zu Recht Kronstein, aaO, S. 39f, nach dem die Gläubiger nur Interesse an der Erhaltung des Kapitals, nicht des Gewinns haben. 6) Kost, aaO, S. 32 7) aaO, S. 9, 17ff
8) aaO, S. 106ff 9) aaO, S. 25

der Dritte werde durch ausdrückliche satzungsmäßige Einbeziehung als Dritter Organ, ist nicht einzusehen. Eine solche dogmatische Ansicht würde gerade zu einer Verschleierung der Tatsache führen, daß ein Dritter, ein Fremder, und keines der normalen eigenen Organe die Geschicke der Gesellschaft leitet. Dogmatik aber soll klarstellen und nicht verhüllen.

Zum Organ der abh. Ges. wird auch nicht das weisungserteilende Leitungsorgan der herrschenden j.P. Insoweit fehlt es schon an einer unmittelbaren satzungsmässigen Einordnung. Auch § 298 E nötigt nicht zur Organauffassung. Es handelt sich um die Anwendung des selbstverständlichen Rechtsgrundsatzes, daß Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im Einklang zu stehen haben, der auf den vorliegenden Fall der Fremdleitung ebenso wie im parallelen Fall der Eigenorganleitung zutrifft. § 298 deckt sich somit nur im Prinzip mit der Organverantwortlichkeit nach §§ 90, 112 E (84, 99 AktG).

§ 13 Zustimmung und Änderungsvorschläge zum Amtlichen Entwurf.

I) Die Beschränkung der Unternehmensvertragsregelung auf das Aktienrecht.

1) Der Verzicht des E auf eine allgemeingültige Definition des Unternehmensvertrags, wie wir sie z.B. in § 11 entwickelt haben, und der Entschluß zur kasuistischen Aufzählung von Einzelfällen bietet kaum Ansatzpunkte zur Kritik. Einmal wird jede allgemeine Begriffsbestimmung unzulänglich bleiben, zum zweiten hätte sich ohnehin die Verbindung einer Legaldefinition mit Beispielsfällen empfohlen, schließlich und vor allem werden mittels Auslegung alle in Betracht kommenden UV-Typen unter die reichhaltigen gesetzlichen Musterfälle subsumiert werden können.[1] Systematisch und rechtspolitisch verfehlt ist indes die Einschränkung[2] des E, daß UVe nur solche sein sollen, an denen eine AG (bzw. KGaA) beteiligt ist.[3] Der E betreibt hier formalistische Gesetzessystematik ("Aktien"-rechtsentwurf). Alles, was in dieser Arbeit über die Auswirkung eines UVs auf die Verfassung der AG gesagt wurde, gilt in gleicher Weise für die GmbH und andere j.Pen.[4] Entsprechend wird auch die sich aus Gesetz und Gesellschaftsvertrag ergebende Struktur einer Personalgesellschaft geändert. Diese Umstrukturierungen zu erfassen, besteht ein legitimes Interesse sowohl bei den Gesellschaftsformen als auch beim Unternehmen des Einzelkaufmanns. Zwar bildet bei den Personalgesellschaften wie beim Einzelkaufmann die auch bei Dritteinfluß bestehen bleibende unbeschränkte persönliche Haftung ein gegenüber der j.P. differenzierendes Moment. Zudem sind in diesem Bereich UVe mit Ausnahme des PachtVs wesentlich seltener. Gleichwohl berührt auch hier ihr Abschluß erhebliche Interessen anderer. Diese anderen sind bei den Gesellschaften die nichtgeschäftsführenden Gesellschafter hinsichtlich der

---

1) vgl. oben § 1 A II

2) Dabei wird nicht übersehen, daß die Regelung des E insoweit auch eine gewisse Erweiterung enthält, als die Rechtsfolgen eines UVs auch dann eintreten, wenn die AG oder KGaA gar kein Unternehmen betreibt. Diese Fälle könnten indes durch eine Zusatzbestimmung erfaßt werden.

3) vgl. hierzu die Auseinandersetzung in der Reformdiskussion, einerseits etwa Schmidt, NJW 57, 1337, Schilling, 42. DJT, Disk. F 38, andrerseits Würdinger, aaO, F 15.

4) Es ist also nach geltendem Recht zu beachten, daß UVe bei der GmbH z.B. ebenfalls einer vorherigen Satzungsänderung bedürfen. Für das zukünftige Recht gilt dies in gleicher Weise, sofern sich der Gesetzgeber nicht noch zu einer verbreiterten Anwendung der UV-Regelung entschließt. De lege ferenda wird man in Analogie zu § 283 E auf jeden Fall eine konkrete Aufschließung verlangen können sowie in Analogie zu § 282 eine Zustimmung der Gesellschafterversammlung zum UV selbst.

internen Zustimmung, im übrigen die aktuellen und potentiellen Gläubiger bzw. Kunden, mindestens bei größeren Unternehmen auch die Öffentlichkeit schlechthin.[5] Beim Einzelkaufmann kommen nur die letztgenannten Publizitätsinteressen in Betracht. Sie bestehen auch dort. Es ist von Belang, wer der eigentliche Herr der Geschäfte ist.

Das geltende Recht trägt dem Interesse an der allseitigen Erfassung der UVe nur unvollkommen Rechnung. Bei der OHG folgt die Notwendigkeit der internen Zustimmung sämtlicher Gesellschafter zu einem UV aus § 116, II HGB, bei der KG besteht ein Widerspruchsrecht des Kommanditisten gemäß § 164 HGB. Verstöße lassen die Wirksamkeit des UVs unberührt. Eine Eintragung ins Handelsregister ist nicht vorgesehen. Bei Verpachtung durch den Einzelkaufmann gibt möglicherweise die Firma Auskunft (vgl. § 22, II HGB). Einen überragenden Einfluß gewinnenden Dritten, der nicht Gesellschafter ist, wird man evtl. als persönlich haftenden Gesellschafter auffassen können.

Der Mangel des geltenden Rechts beruht auf der Verfehlung des richtigen Ansatzpunktes. Dieser liegt nur im Unternehmen bzw. in der Unternehmensverfassung. Der Handels- und Wirtschaftsverkehr spielt sich, rechtssoziologisch gesehen, in erster Linie zwischen Unternehmen ab. Bei der Personalgesellschaft z.B. kommt der unbeschränkten persönlichen Haftung der Komplementäre bei weitem nicht die wesentliche Rolle zu, von der die Schöpfer des HGB ausgegangen sind. Diese Unternehmensbezogenheit des wirtschaftlichen Denkens, die gerade bei den UVen in aller Deutlichkeit zutage tritt, ist von der Rechtslehre seit langem erkannt worden. Der Gesetzgeber darf sich dieser Erkenntnis nicht verschließen. Er sollte die Linie des GWB fortführen. Die Differenzierungen, die sich nach künftigem Recht hinsichtlich der UVe je nach Rechtsform des abschließenden Unternehmens ergeben würden, wären nicht sachgemäß. Die Unterschiede würden sogar durch den Ausbau des Ansatzes in § 256 AktG zu einem System noch vertieft. Publizitäts- und Schutzprobleme liegen jedoch prinzipiell überall gleich. Hinsichtlich des Publizitätserfordernisses ist sogar ganz allgemein festzustellen, daß es ein berechtigtes Anliegen der Allgemeinheit darstellt, über die jeweilige Unternehmensgrundverfassung unterrichtet zu sein. D.h. es sollte sich aus dem Handelsregister ergeben, ob ein unabhängiges, ein abhängiges oder ein mit einem anderen Unternehmen gemeinschaftlich wirtschaftendes Unternehmen vorliegt. Der Übergang von der einen zur anderen Form sollte mithin der Eintragung bedürfen. Das gilt mindestens dann, wenn nicht nur eine faktische Strukturänderung eintritt, sondern diese ihre besondere rechtliche Grundlage z.B. im Abschluß eines UVs hat. Bei j.Pen ist die Registererfassung schon deshalb unerläßlich, weil sich der Typenwechsel als materielle Verfassungsänderung darstellt, dem eine formelle zu ent-

---

5) vgl. oben § 8 II 1

sprechen hat. Mögen bezüglich der UVe die weiteren Folgerungen, die sich aus ihrem Abschluß ergeben, je nach der Rechtsform der beteiligten Unternehmen verschieden sein (z.B. passen die §§ 289ff E sicher nicht unverändert für Personalgesellschaften und Einzelkaufleute mit unbeschränkter Haftung), die Voraussetzungen für einen wirksamen Abschluß, eine Aufhebung und Kündigung liegen doch weitgehend gleich. Mindestens insoweit ist eine allgemeine Regelung angemessen, die nur die unumgänglichen Differenzierungen gegenüber den §§ 282 - 288 E enthalten dürfte.[6]

2) In der Begründung zum Dritten Buch des E findet sich die Bemerkung, mit den Bestimmungen über verbundene Unternehmen seien die Grundzüge einer Konzernverfassung geschaffen worden. Da der E indes, besonders auch bei den UVen, stets auf die Beteiligung einer AG (KGaA) abstellt, im Konzernverband aber regelmässig auch Gesellschaften mbH, sonstige j.Pen und oft KGen stehen, kann die angedeutete Folgerung nur eingeschränkt gelten. Im übrigen beruht die Auffassung auf dem herrschenden Verständnis, wonach eine "Verfassung" nicht nur bei j.Pen, sondern auch bei nicht rechtsfähigen organisierten Verbänden anerkannt wird (Beispiel: beim nichtrechtsfähigen Verein).

Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag des § 280 E üben sonach als OVe verfassungsändernden bzw. verfassungssetzenden Einfluß in zwei verschiedenen Verfassungsbereichen aus. Einmal bewirken sie eine Umstellung in der internen Verfassung der Untergesellschaft. Zum anderen schaffen sie, in Verbindung mit der Auslösung der vom Aktienrechtsentwurf vorgesehenen Rechtsfolgen, Rechtsgrundlagen für das organisierte Zusammenwirken der j.P. Untergesellschaft mit der j.P. Obergesellschaft im Konzern. Damit tritt eine Konzernverbandsverfassung in Kraft, deren inhaltliche Mindestausgestaltung der E regelt.[7] Eine völlig durchgebildete Konzernorganisation, bei der die Konzernuntergesellschaften wieder in einer juristisch selbständigen Gesamtperson koordiniert sind, die Konzernverfassung somit Verfassung einer j.P. ist, findet sich z.B. im liechtensteinischen Recht,[8] wo als Obergesellschaften sog. Abteilungsverbandspersonen geschaffen werden können, die juristisch selbständige "Abteilungen" (Filialen) in Form von Handelsgesellschaften mit eigenem Statut unter sich haben. Bei IGen kann die entsprechen-

---

6) Insbesondere wäre vielleicht, entsprechend §§ 116, II, 164 HGB, Einstimmigkeit bei Personalgesellschaften vorzuschreiben. Beizubehalten wären Vorankündigung, gesonderte Beschlußfassung, konstitutive Eintragung, Kündigungsfristen.

7) Denkbar ist auch eine Bezugnahme auf unternehmensvertraglich begründete Konzernverhältnisse in der Satzung der Obergesellschaft, womit eine dritte Verfassung beeinflußt würde.

8) vgl. Hamburger, Rechtsvergl. HWB, Band 5, S. 222 und 228f, der aber auf die geringe praktische Bedeutung der Vorschriften dort hinweist.

de Form des "Gesamtverbandes" als j.P. verwendet werden, dessen Mitglieder selbständige Verbandspersonen sind. Der Nachteil der lockereren Konzernverfassung nach dem E ist, daß die Konzernorganisation normalerweise in den Satzungen der Obergesellschaften nicht zum Ausdruck kommt. Ob eine Gesellschaft eine Konzernspitze darstellt, kann höchstens zuweilen aus dem Gegenstand des Unternehmens geschlossen werden, falls dort der Holdingcharakter zum Ausdruck kommt. Bei auch selbst produzierenden Gesellschaften fehlt ein solcher Hinweis i.d.R. Auch bei der Eingliederung ist nach dem Willen der Schöpfer des Amtl.E im Zustimmungsbeschluß der Hauptgesellschaft keine eintragungspflichtige Satzungsänderung zu erblicken, § 308, II, 4, und kein dem § 308, III entsprechender Eingliederungsvermerk vorzunehmen; lediglich mit Rücksicht auf die gesetzliche Haftungswirkung der Eingliederung, § 310, ist die Zustimmung erforderlich.

II) Die inhaltliche Regelung der Unternehmensverträge im Entwurf.

Manches bedarf hier infolge früherer Erörterung nur noch des thesenartigen Hinweises.

1) Der Grundkonzeption des E, in erster Linie den OV, ebenso aber auch die herkömmlichen Schuldverträge zur rechtlichen Konzernorganisation zuzulassen und sie einheitlich im Dritten Buch zu regeln, ist voll zuzustimmen.[9] Eine gewisse Organisationsbreite des Beherrschungsvertrags ist in der Begründung zu § 280 klarzustellen. Der Teilgewinnabführungsvertrag ist in § 281 zu belassen. Zu erwägen wäre, in einer Z. 5 des § 281, I ähnliche (schuldrechtliche) Verträge in einer ergänzenden Generalklausel der Unternehmensvertragsregelung zu unterstellen. In der Formulierung wäre eine Anlehnung an den bereits mehrfach erwähnten Vorschlag der Studienkommission des DJT[10] zu § 256 AktG empfehlenswert. Unbedingt notwendig ist diese Erweiterung jedoch nicht, da es infolge der Typenbreite der Verträge Z. 1 - 4 mittels extensiver Auslegung möglich sein wird, die praktisch vorkommenden UVe lückenlos den Vorschriften des Dritten Buches zu unterstellen, wie doch wohl der Sinn des Gesetzes sein soll.

2) Ob es zweckmäßig ist, Gläubiger- und Minderheitsschutz von der Art der rechtlichen Konzernorganisation abhängen zu lassen, ist sehr fraglich. Vor allem bleibt

---

9) zu Unrecht abl. Würdinger, Aktienrecht, S. 207, Schmidt-Festschrift, S. 288ff, auf Grund seiner These, Schuldverträge seien zur Konzernierung nicht geeignet. Das ist theoretisch nicht haltbar und widerspricht einer 70jährigen Konzernpraxis. Ob es richtig ist, daß der E auf eine allgemeine Kodifizierung des Konzernrechts verzichtet, braucht hier nicht entschieden zu werden. Der Schwerpunkt der Konzernrechtsproblematik liegt jedoch sicherlich bei der AG. Vgl. auch oben Anm. 3.

10) Bericht Ballerstedt 1955, S. 52

abzuwarten, ob die Prinzipien der angemessenen Gegenleistung (Gewinnäquivalent) und der Nachteilsausgleichung (Substanzerhaltung), deren Verwirklichung insbesondere durch den Abhängigkeitsbericht sichergestellt werden soll, einen genügenden Schutz darstellen. An und für sich erschiene es am einleuchtendsten, den im Konzern erforderlichen Schutz unabhängig von der rechtlichen Gestaltung der Konzernorganisation zu regeln, d.h. auch bei den schuldrechtlichen Konzerneingliederungsverträgen des § 281 die Rechtsfolgen der §§ 291ff eintreten zu lassen unter Verzicht auf Ausgleichsprinzipien und Abhängigkeitsbericht.[11] Dem steht jedoch derzeit die Schwierigkeit entgegen, daß § 281 E auch nichtkonzerneingliedernde UVe erfaßt, und das insgesamt sicher zu Recht.[12] Denn sie bewirken ebenfalls eine Strukturänderung, wenn auch anderer Art, und die erforderliche Satzungsänderung entspricht der Aufschließung bei Konzernierung.[13] Es müßte also eine Aufspaltung innerhalb der schuldrechtlichen UVe vorgenommen werden. Die wegen anderweitigem Schutz nunmehr nicht notwendig gegenseitigen Konzernverträge müßten von den gegenseitigen anderen Schuldverträgen abgegrenzt werden. Wann aber ein Konzernvertrag vorliegt, ist durch gesetzliche Definition kaum zu fassen und auch praktisch öfters schwer festzustellen. Wenn der E diese rechtstechnischen Schwierigkeiten meidet, ist ihm daraus kein Vorwurf zu machen.

3) Systematisch korrekte Unterscheidung zwischen schuldrechtlichem UV und OV bedingte dagegen folgende Änderungen:

a) § 282 erhielte einen zusätzlichen Abs. II unter Aufstufung der bisherigen Abs. II - IV, worin die bei Schuldverträgen erforderliche Satzungsänderung geregelt würde. Damit würde klargestellt, daß das Zustimmungserfordernis in Abs. I aus gesellschaftsrechtlichen Erwägungen bei den OVen bzw. rein praktischen bei den Schuldverträgen aufgestellt worden ist. Bei den Schuldverträgen sollte, entsprechend dem oben Ausgeführten, die Tatsache des Abschlusses sowie der Beendigung des schuldrechtlichen UVes eintragungspflichtig gemacht werden. Die Eintragung

---

11) ablehnend sogar hinsichtlich der Gleichbehandlung des Zustandekommens Würdinger, AG 60, 112, wegen "immanenten Schutzes" im obligatorischen Vertrag. Vgl. oben § 6 II.

12) Entschieden gegen die Gleichbehandlung am Beispiel des konzerninternen bzw. -externen PachtVs jedoch Rautmann, aaO, S. 180. Daß im übrigen alle Verträge des § 280 und insbesondere auch des § 281 - ungeachtet einer angemessenen Gegenleistung - ipso iure UVe sind und es keiner materiellen Prüfung im Einzelfall mehr bedarf, sollte heute nicht mehr zweifelhaft sein (vgl. oben § 6 II 5 und § 11 II 3 a und c). Anders aber Rautmann, aaO, S. 184, bezüglich § 270 RefE.

13) vgl. oben § 11 II 3 d

hätte nur deklaratorische Wirkung. Die Regelung wäre in § 283 aufzunehmen.[14] Der Forderung der Spitzenverbände der gewerblichen Wirtschaft, § 283, II zu ändern und die Eintragung nur deklaratorisch wirken zu lassen,[15] kann vom systematischen Standpunkt weder bei den OVen des § 280 noch bei den Schuldverträgen des § 281, soweit die Satzungsänderung in Frage steht, entsprochen werden.

b) Zu §§ 285ff ist zu bemerken: Der E sieht keine Zustimmung der HV zur Beendigung eines UVes vor. Bei den Schuldverträgen kann hierauf auch verzichtet werden. Die Interessenlage ist hier anders als bei Abschluß. Bei den OVen ist die Zustimmung systematisch erforderlich, außer bei fristloser Kündigung (Vertragsreflex). Da aber der Minderheitsschutz bei Aufhebung und fristgemäßer Kündigung durch ein Sonderbeschlußerfordernis garantiert ist, erscheint der sich regelmäßig lediglich als Formalakt des Großaktionärs darstellende HV-Beschluß aus praktischen Gründen ebenfalls entbehrlich. Bei den Schuldverträgen ist dagegen bei jeglicher Beendigung, auch durch fristlose Kündigung, eine entsprechende Satzungsänderung erforderlich. Die Beendigungswirkung ist davon unabhängig.

Wenn der E in § 285 eine rückwirkende Aufhebung ausschließt, ist das mindestens für die OVe berechtigt. Gegen die Möglichkeit zur Aufhebung sowie fristlosen und befristeten Kündigung ist bei beiden Vertragstypen nichts einzuwenden.[16] Beim OV wäre es jedoch richtig, entgegen § 287 der Eintragung der Beendigung konstitutive Kraft beizulegen, sodaß die Kündigung erst mit der Eintragung wirksam würde. Dem vorherigen Beendigungsbedürfnis der Praxis könnte auf schuldrechtlichem Wege entsprochen werden, wie dies oben[17] dargelegt wurde. D.h. es müßte durch eine entsprechende Bestimmung ("so zu stellen als ob") die Zulässigkeit eines kurzdauernden Widerspruchs zwischen Vertragsrecht und Satzungsrecht zum Ausdruck gebracht werden. Die Satzungspflicht bliebe als solche zwar unangetastet, die schuldrechtliche Erfüllungspflicht aber würde erlöschen und der Berufung auf die Satzungspflicht stünde der Einwand der Arglist entgegen.

4) Formuliert würden sich folgende Änderungsvorschläge ergeben:

a) § 282

II 1 Bei Unternehmensverträgen nach § 281 ist außerdem eine Satzungsänderung erforderlich, durch welche die Gesellschaft ermächtigt wird, einen Unternehmensvertrag konkret bestimmter Art mit einem nament-

---

14) Nicht empfiehlt sich, die Zulässigkeit der Eintragung der Satzungsänderung an den vollzogenen Vertragsschluß zu knüpfen, da die Satzung dann über den genauen Abschlußzeitpunkt keine Auskunft gäbe, vgl. auch oben § 8 III 2.

15) vgl. Walther, AG 61, 87

16) vgl. zum OV oben § 3 B IV 3

17) vgl. § 3 B IV 3 h

lich aufzuführenden Vertragspartner abzuschließen. 2 Für die Satzungsänderung gelten die allgemeinen Vorschriften mit der Maßgabe, daß § 283, I, 2 entsprechend anzuwenden ist.

b) § 283 [18]

I 1 Der Vorstand der Gesellschaft hat bei Unternehmensverträgen nach § 280 das Bestehen und die Art des Unternehmensvertrags sowie den anderen Vertragsteil zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. 2 ... (unverändert)

III 1 Bei Unternehmensverträgen nach § 281 hat der Vorstand das Bestehen des Vertrags, bei Teilgewinnabführungsverträgen außerdem die Vereinbarung über die Höhe des abzuführenden Gewinns, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. 2 Abs. I Satz 2 gilt entsprechend. 3 Die Verträge sind in Urschrift, Ausfertigung oder öffentlich beglaubigter Abschrift bei der Eintragung vorzulegen. 4 Abs. II findet keine Anwendung.

c) § 287

I 1 Bei Unternehmensverträgen nach § 280 wird die Beendigung erst mit der Eintragung in das Handelsregister wirksam. 2 Die Vertragspartner haben sich so zu stellen, als ob die Vertragsbeendigung ohne Eintragung wirksam geworden wäre.

II 1 Bei Unternehmensverträgen nach § 281 hat der Vorstand den Zeitpunkt der Beendigung unverzüglich zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. 2 In angemessener Frist ist eine entsprechende Satzungsänderung durch Aufhebung der Ermächtigungsbestimmung vorzunehmen.

5) Zusammenfassend ergibt sich: die Regelung der UVe wird bei systematischer Exaktheit erheblich differenzierter und in der Handhabung komplizierter, ohne daß sich im praktischen Ergebnis viel geändert hätte. Insbesondere wird der in § 282 n.F. geforderte getrennte Satzungsänderungs- und Zustimmungsbeschluß in aller Regel in ein und derselben HV mit verständlicherweise identischem Ergebnis gefaßt wer-

---

18) Die vorgeschlagene Neufassung des § 283, III, 3 soll dem Registerrichter die Möglichkeit geben nachzuprüfen, ob nicht in Wahrheit ein OV nach § 280 vorliegt. Bei Bejahung wird der Satzungsänderungsbeschluß gegenstandslos, bei der Eintragung ist nunmehr nach § 283, I und II zu verfahren und die Rechtsfolgen der §§ 289ff treten ein. Jedoch kann es § 140 BGB verbieten, den Zustimmungsbeschluß zum "anderen UV" in einen Zustimmungsbeschluß zu einem OV nach § 280 umzudeuten.

den. Auch bei der jetzigen Regelung des E läßt sich trotz der einheitlichen Behandlung der Eintragung in § 283 eine systematische Differenzierung vornehmen.[19] In einem Gesetzentwurf, der eine erhebliche praktische Anwendungsbreite haben wird, eine gut zu handhabende Einheitsregelung aufzugeben um einer Systematik willen, die nur ihrer selbst wegen volle Berücksichtigung fordert, obwohl sie im Grundsätzlichen größtenteils geachtet ist, kann nicht Sinn einer richtigen Rechtsschöpfung sein. Eine wohlerwogene Beschränkung bei klar erkannter Systematik mindert die Güte einer Gesetzgebungsarbeit nicht, sondern bestätigt sie. Wenn daher auch von Seiten einer systematischen Untersuchung nach notwendiger Klarstellung im Ergebnis, abgesehen von der Kritik unter I 1, keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Vorschläge des Amtl. E bestehen, beinhaltet das eine hohe Anerkennung für die sorgfältige Arbeit der Referenten.

---

19) vgl. z. B. hinsichtlich der Publizität oben § 12 I

LEBENSLAUF

Am 3. Juli 1936 wurde ich als Sohn des Industriekaufmanns Adolf Sapper und seiner Ehefrau Else geb. Stierlen in Leipzig geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Ab 1938 lebte ich in Friedrichshafen und zwischenzeitlich in Wangen im Allgäu. Ich besuchte die Oberrealschule Wangen und das Graf Zeppelin-Gymnasium Friedrichshafen. An letzterem legte ich am 8.3.1955 das Abitur im realistischen Zug (mit freiwilligem Latein) ab.

Vom Sommersemester 1955 bis zum Sommersemester 1959 studierte ich Rechtswissenschaft, das 4. und 5. Semester in Hamburg, die übrigen in Tübingen. Am 16.12.1959 bestand ich in Tübingen die Erste Juristische Staatsprüfung.

Seit 1.2.1960 bin ich Gerichtsreferendar im Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg. 1961/62 verbrachte ich ein französisches Studienjahr (8 Monate) als Stipendiat an der südfranzösischen Universität Aix-en-Provence.